

RECOPILACIÓN DOCTRINA LEGAL AÑO 2007



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Imprime:

Edita: Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Fotocomposición: Compobell, S.L.

Depósito Legal: MU-1309-2000

ISSN: 1577-0257

ISBN: 978-84-933197-7-9

Consejo Jurídico de la
Región de Murcia

Doctrina Legal del Año 2007

Murcia, 2008

Composición del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Consejeros:

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales, Presidente

Excmo. Sr. D. Juan Megías Molina

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll

Excmo. Sr. D. Pedro Luis Sáez López

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Letrado-Secretario General:

Sr. D. Manuel María Contreras Ortiz

Presentación

La Recopilación de Doctrina Legal del Consejo Jurídico de la Región de Murcia se edita en cumplimiento del mandato establecido por el artículo 62 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento.

Este tomo corresponde a los Dictámenes emitidos en el año 2007, y en él se reseñan la totalidad, aunque evitando la reproducción completa de aquéllos cuyas consideraciones jurídicas son reiteración de las recogidas en otros de idéntica o similar naturaleza. Por otra parte, se mantienen las clasificaciones de los Dictámenes según constan en ediciones anteriores.

Los Dictámenes pueden consultarse también en la siguiente dirección electrónica:

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

Índices

I. Índice numérico de los Dictámenes emitidos por el Consejo Jurídico durante el año 2007	13
II. Relación de los Dictámenes por títulos competenciales previstos en el artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo	29
III. Índice de las materias por orden alfabético.....	45
IV. Índice de referencias normativas	49
V. Dictámenes de 2007	81

**I.- Índice numérico de los Dictámenes
emitidos por el Consejo Jurídico
durante el año 2007**

NÚM.	MATERIA	PÁG.
01-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. E. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	83
02-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de los Deportistas de Alto Rendimiento de la Región de Murcia	95
03-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M ^a . R. M. A., debida a accidente escolar	106
04-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. E. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	110
05-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. D., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	116
06-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. G. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	123
07-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba una modificación puntual de las Directrices de la Ordenación del Litoral de la Región de Murcia	135
08-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. N. F., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	143
09-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. Á. G. A., en nombre y representación de su hija menor de edad I. G. L., debida a accidente escolar....	153
10-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. P. E., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	158
11-07	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 38/2004, de 23 de abril, por el que se regulan los procedimientos específicos de integración de personal laboral fijo y de carrera del Servicio Murciano de Salud en las categorías estatutarias y opciones correspondientes al mismo.....	166
12-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U.,S.A., por los servicios de limpieza viaria en el municipio de Los Alcázares.....	171
13-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U.,S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Los Alcázares	185

14-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. O., como consecuencia de los daños sufridos en un palomar de su propiedad.....	201
15-07	Proyecto de Orden por el que se regula el procedimiento para el pago y la presentación telemática de declaraciones tributarias ante empleado público.....	207
16-07	Responsabilidad patrimonial instada por el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas, como consecuencia de los daños causados en la depuradora municipal durante la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste.....	211
17-07	Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente: "Modificado del nuevo trazado de la carretera C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños".....	217
18-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. C. V., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	229
19-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. G. Z., como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.....	241
20-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. P. P., debida a accidente escolar	251
21-07	Anteproyecto de Ley de Cooperación Internacional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	254
22-07	Anteproyecto de Ley de Fomento y Coordinación de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	271
23-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. G. A., en nombre y representación de su hija menor de edad S. G. A., debida a accidente escolar	280
24-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el contenido y procedimiento de los estudios de inundabilidad.....	284
25-07	Anteproyecto de Ley de Carreteras de la Región de Murcia.....	298
26-07	Anteproyecto de Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres, y de Protección Integral contra la Violencia de Género de la Región de Murcia	335
27-07	Anteproyecto de Ley de Transporte Marítimo de Pasajeros de la Región de Murcia	365
28-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. B. Á., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	379
29-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. G. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	387

30-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. V. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. V., debida a accidente escolar	392
31-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. P. S., debida a accidente escolar	399
32-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. G. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. T. G., debida a accidente escolar	399
33-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. C. C., en nombre y representación de su hija menor de edad M. R. C., debida a accidente escolar	399
34-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	406
35-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. L. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	409
36-07	Proyecto de Decreto por el que se regula la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.....	420
37-07	Modificación del contrato de las obras de construcción del Auditorio y Centro de Congresos de Cartagena	431
38-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. Q. H. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad N. H. M., debida a accidente escolar	443
39-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. L. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. B. L. L., debida a accidente escolar	443
40-07	Revisión de oficio de concesión de subvención para fomento de empleo a favor de D. F. D. L. y D. J. H. G., C.B.....	444
41-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. M. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	450
42-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a L. N. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. I. T. N., debida a accidente escolar	467
43-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. B., en nombre y representación de su hija menor de edad L. L. C., debida a accidente escolar	467
44-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. M. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	471

45-07	Revisión de oficio de concesión de subvención para fomento de empleo a favor S. y R. B., S.L.	489
46-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público del Agua de la Región de Murcia.....	494
47-07	Proyecto de Decreto por el que se crea y regula la Comisión Consultiva para el personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de la Región de Murcia.....	510
48-07	Responsabilidad patrimonial instada por I. M. A., S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	517
49-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. C. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	520
50-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	526
51-07	Revisión de oficio del contrato de proroga del servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del H.G.U. Virgen de la Arrixaca, suscrito con la empresa S., S.L.	545
52-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. C. C., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	549
53-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. S. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	555
54-07	Revisión de oficio del acto administrativo de subvención de autoempleo concedida a D. ^a M. R. M. O.....	566
55-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. O. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	570
56-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. Y., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	576
57-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. H. Y. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. Y J., debida a accidente escolar	586
58-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. L. M., como consecuencia de los daños sufridos en el C.E.I.P. “Los Rosales” de El Palmar (Murcia).....	587
59-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la Red Sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia	594
60-07	Proyecto de Orden por el que se aprueban los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios, y por el suministro de productos hemoderivados	599

61-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. L. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. B. L. L., debida a accidente escolar	602
62-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. J. E. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	602
63-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por caída en la vía pública	618
64-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia	629
65-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan las Agencias de Viaje y Centrales de Reserva de la Región de Murcia	641
66-07	Proyecto de Decreto por el que se regula la composición y organización del Consejo de Museos	662
67-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	670
68-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. T. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	679
69-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a S. O. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	684
70-07	Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente: “Modificado nº 1 de Conexión de la Autovía AP-7 en Alhama de Murcia con el Campo de Cartagena”	694
71-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia	702
72-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. B. O., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. G. B., debida a accidente escolar	709
73-07	Proyecto de Orden por la que se establecen los requisitos a que deberá ajustarse la adaptación de los estatutos sociales de las sociedades cooperativas a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia	713
74-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. C. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. Á. C. R., debida a accidente escolar	717

75-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. G. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	717
76-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. G. P. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	723
77-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. R. P. en representación de F.B.S.S., S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	727
78-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. J. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. R., debida a accidente en centro de menores	733
79-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. J. G. P., debida a accidente escolar	741
80-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. M. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. M. R., debida a accidente escolar	742
81-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	746
82-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. T. F. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	752
83-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. L. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. S. M., debida a accidente escolar	765
84-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. B. C., como consecuencia de los daños sufridos por Resolución del Tribunal de las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la CARM.....	765
85-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	779
86-07	Revisión de oficio del contrato de prorroga del servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del H.G.U. Virgen de la Arrixaca, suscrito con la empresa S., S.L.	785
87-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. S. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. Á. M. S., debida a accidente escolar	798
88-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. L. y W., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	807
89-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. M. M. y D. F. J. G. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	813

90-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.....	818
91-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la CARM	829
92-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. G. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	837
93-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. F. V. B., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	844
94-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. M. M., debida a accidente escolar	849
95-07	Anteproyecto de Ley para la Modernización e Impulso de la Protección de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.....	850
96-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. S. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	886
97-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. B. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	897
98-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. T. en nombre y representación de A. C. de S. y R. S.A. y su asegurado D. J. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	907
99-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. I. C. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	914
100-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	923
101-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. C. F., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. C. C., debida a accidente escolar	930
102-07	Revisión de oficio de la Orden del Consejero de Educación y Cultura de 4 de Octubre de 2002, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. ^a J. R. B., contra la Orden de 25 de Julio de 2002, por la que se aprueba la lista definitiva de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.....	935
103-07	Proyecto de Decreto sobre elaboración, tramitación y aprobación de proyectos y ejecución de obras en materia de ordenación del territorio y del litoral.....	950

104-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a P. M. G., en nombre y representación de su hija menor de edad A. A. M., debida a accidente escolar	965
105-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. D., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	965
106-07	Proyecto de Orden por la que se aprueba el reglamento general de la provisión de puestos de trabajo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	976
107-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	998
108-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	1010
109-07	Proyecto de Orden por la que se aprueban los precios públicos a aplicar en la Residencia Juvenil adscrita al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia	1022
110-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Canon de Saneamiento de la Región de Murcia.....	1026
111-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1038
112-07	Interpretación de contrato administrativo instada por D. V. P. R., como consecuencia de los daños sufridos en un autobús de transporte escolar ...	1048
113-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1058
114-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. F. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. F. F., debida a accidente escolar	1065
115-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. G. y D. ^a J. P. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1070
116-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. G. Y., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1081
117-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1086
118-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. G. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1092

119-07	Revisión de oficio instada por la sociedad cooperativa de viviendas C. del S. de Águilas contra liquidaciones complementarias en concepto de impuesto sobre actos jurídicos documentados	1097
120-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. N. Z., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1101
121-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. C. N. I., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios	1109
122-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. B. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1113
123-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. N. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1125
124-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. T. F. F. en nombre y representación de la sociedad mercantil G. E. F., S.L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios	1130
125-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. E. L. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1145
126-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. C. H., como consecuencia de los daños morales derivados de expediente disciplinario	1150
127-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan las Empresas de Turismo Activo de la Región de Murcia.....	1163
128-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a B. O., madre del menor M. O., como consecuencia de los daños morales por la asunción de la tutela de su hijo.....	1179
129-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. B. F. E., en nombre y representación de su hija menor de edad T. F. R., debida a accidente escolar.....	1183
130-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. A. S. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. S. L., debida a accidente escolar	1184
131-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. T. G. en representación de G. S. S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1189
132-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. B. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios públicos	1196
133-07	Responsabilidad patrimonial instada por A., S.L., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.....	1202

134-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. R. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1215
135-07	Proyecto de Orden por la que se crean los precios públicos a aplicar en la Residencia Juvenil adscrita al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia	1219
136-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1223
137-07	Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones cunícolas de la Región de Murcia	1226
138-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. I. L. S.L., por la obras de construcción de la Biblioteca Municipal en Santiago el Mayor (Murcia).....	1244
139-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la CARM.....	1251
140-07	Revisión de oficio para la declaración de nulidad de la resolución 129/2003, de 17 de marzo, por la que se concedió licencia de apertura para la ampliación de actividad de engorde de cerdos, en el paraje “Loma Fonseca, Venta del Olivo” (Cieza).....	1258
141-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. G. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1271
142-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. Á. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1277
143-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. S. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1285
144-07	Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2008	1292
145-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. L. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1297
146-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1303
147-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. C. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1310
148-07	Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión directa mediante Convenio, de una subvención al Consorcio Turístico Desfiladero de Almadenes, con omisión del trámite de fiscalización previa	1320
149-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia.....	1323

150-07	Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2008	1340
151-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. R. R., debida a accidente escolar	1344
152-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. I. I., S.L., por la construcción de 12 unidades de educación primaria y dependencias anejas del Colegio Público Jesús García, de Lorquí.....	1344
153-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. B. y D. ^a B. D. M., en nombre y representación de su hija B. P. D., debida a accidente en Centro Ocupacional	1347
154-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato de la CARM.....	1355
155-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el régimen de publicidad de sus datos.....	1368
156-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. V. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios públicos	1377
157-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Concesionarios de Televisión Digital Terrestre de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	1387
158-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1394
159-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. E. B., como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad.....	1402
160-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M.H. R. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1410
161-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1426
162-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. B. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales	1432
163-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. C. N. N., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. G. N., debida a accidente escolar	1446

164-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. P. G., debida a accidente escolar	1446
165-07	Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio	1449
166-07	Proyecto de Decreto por que se aprueba el Reglamento de ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	1462
167-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. J. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1476
168-07	Proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación del personal técnico adscrito al Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia que realiza labores técnicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, para la realización de funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social	1480
169-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. H. C., S.A., por la redacción del proyecto de obras y construcción del complejo deportivo de la Alberca (Murcia).....	1493
170-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. T. C. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1500
171-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. O. T., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1507
172-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. H. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad Víctor M. S. H., debida a accidente escolar	1512
173-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. S. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1513
174-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. C. C. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1528
175-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1533
176-07	Reconocimiento de obligaciones contraídas por la Consejería de Educación y Cultura en el expediente:”Modificado de la contratación de obras de construcción de un instituto de educación secundaria en Algezares (Murcia)”, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1538

177-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. V. D., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1544
178-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. A. B., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1555
179-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. P. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1558
180-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. M. G., debida a accidente en centro escolar	1564
181-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. C. P., como consecuencia de los daños sufridos por un robo durante una actividad extraescolar.....	1573

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

NÚM.	PÁG.
A) Preceptivos:	
1.-Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía.	
	Subtotal..... 0
2.- Anteproyecto de ley.	
21-07	254
22-07	271
25-07	298
26-07	335
27-07	365
95-07	850
144-07	1292
150-07	1340
	Subtotal..... 8
3.- Proyectos de Decretos Legislativos	
	Subtotal..... 0
4.- Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo Jurídico.	
	Subtotal..... 0

5.- Proyectos de reglamento o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

02-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de los Deportistas de Alto Rendimiento de la Región de Murcia	95
07-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba una modificación puntual de las Directrices de la Ordenación del Litoral de la Región de Murcia.....	135
11-07	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 38/2004, de 23 de abril, por el que se regulan los procedimientos específicos de integración de personal laboral fijo y de carrera del Servicio Murciano de Salud en las categorías estatutarias y opciones correspondientes al mismo.....	166
15-07	Proyecto de Orden por el que se regula el procedimiento para el pago y la presentación telemática de declaraciones tributarias ante empleado público.....	207
24-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el contenido y procedimiento de los estudios de inundabilidad.....	284
34-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	406
36-07	Proyecto de Decreto por el que se regula la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.....	420
46-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público del Agua de la Región de Murcia.....	494
47-07	Proyecto de Decreto por el que se crea y regula la Comisión Consultiva para el personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de la Región de Murcia.....	510
59-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la Red Sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia	594
60-07	Proyecto de Orden por el que se aprueban los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios, y por el suministro de productos hemoderivados.	599
64-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.	629
65-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan las Agencias de Viaje y Centrales de Reserva de la Región de Murcia.	641
66-07	Proyecto de Decreto por el que se regula la composición y organización del Consejo de Museos.	662

71-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia	702
73-07	Proyecto de Orden por la que se establecen los requisitos a que deberá ajustarse la adaptación de los estatutos sociales de las sociedades cooperativas a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia	713
90-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.....	818
91-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la CARM	829
103-07	Proyecto de Decreto sobre elaboración, tramitación y aprobación de proyectos y ejecución de obras en materia de ordenación del territorio y del litoral.....	950
106-07	Proyecto de Orden por la que se aprueba el reglamento general de la provisión de puestos de trabajo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	976
107-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	998
108-07	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	1010
109-07	Proyecto de Orden por la que se aprueban los precios públicos a aplicar en la Residencia Juvenil adscrita al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia	1022
110-07	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Canon de Saneamiento de la Región de Murcia.....	1026
127-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan las Empresas de Turismo Activo de la Región de Murcia.....	1163
135-07	Proyecto de Orden por la que se crean los precios públicos a aplicar en la Residencia Juvenil adscrita al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia	1219
137-07	Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones cunícolas de la Región de Murcia.....	1226
139-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la CARM.....	1251
149-07	Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia.....	1323
154-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos	

	de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato de la CARM.....	1355
155-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el régimen de publicidad de sus datos.....	1368
157-07	Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Concesionarios de Televisión Digital Terrestre de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	1387
165-07	Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio.....	1449
166-07	Proyecto de Decreto por que se aprueba el Reglamento de ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	1462
168-07	Proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación del personal técnico adscrito al Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia que realiza labores técnicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, para la realización de funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	1480

Subtotal..... 35

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

40-07	Revisión de oficio de concesión de subvención para fomento de empleo a favor de D. F. D. L. y D. J. H. G., C.B.....	444
45-07	Revisión de oficio de concesión de subvención para fomento de empleo a favor S. y R. B., S.L.....	489
51-07	Revisión de oficio del contrato de proroga del servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del H.G.U. Virgen de la Arrixaca, suscrito con la empresa S., S.L.....	545
54-07	Revisión de oficio del acto administrativo de subvención de autoempleo concedida a D.ª M. R. M. O.....	566
86-07	Revisión de oficio del contrato de proroga del servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del H.G.U. Virgen de la Arrixaca, suscrito con la empresa S., S.L.....	785
102-07	Revisión de oficio de la Orden del Consejero de Educación y Cultura de 4 de Octubre de 2002, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D.ª J. R. B., contra la Orden de 25 de Julio de 2002, por la que se aprueba la lista definitiva de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.....	935

119-07	Revisión de oficio instada por la sociedad cooperativa de viviendas C. del S. de Águilas contra liquidaciones complementarias en concepto de impuesto sobre actos jurídicos documentados	1097
140-07	Revisión de oficio para la declaración de nulidad de la resolución 129/2003, de 17 de marzo, por la que se concedió licencia de apertura para la ampliación de actividad de engorde de cerdos, en el paraje "Loma Fonseca, Venta del Olivo" (Cieza).....	1258
Subtotal.....		8

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

12-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U.S.A., por los servicios de limpieza viaria en el municipio de Los Alcázares.....	171
13-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil U.,S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Los Alcázares.....	185
112-07	Interpretación de contrato administrativo instada por D. V. P. R., como consecuencia de los daños sufridos en un autobús de transporte escolar	1048
138-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. I. L. S.L., por la obras de construcción de la Biblioteca Municipal en Santiago el Mayor (Murcia).....	1244
152-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. I. l., S.L., por la construcción de 12 unidades de educación primaria y dependencias anejas del Colegio Público Jesús García, de Lorquí.....	1344
169-07	Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. H. C., S.A., por la redacción del proyecto de obras y construcción del complejo deportivo de la Alberca (Murcia).....	1493
Subtotal.....		6

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

37-07	Modificación del contrato de las obras de construcción del Auditorio y Centro de Congresos de Cartagena	431
Subtotal.....		1

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

01-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. E. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	83
03-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M ^a . R. M. A., debida a accidente escolar	106

04-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. E. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	110
05-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. D., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	116
06-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. G. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	123
08-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. N. F., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	143
09-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. Á. G. A., en nombre y representación de su hija menor de edad I. G. L., debida a accidente escolar.....	153
10-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. J. P. E., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	158
14-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. O., como consecuencia de los daños sufridos en un palomar de su propiedad.....	201
16-07	Responsabilidad patrimonial instada por el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas, como consecuencia de los daños causados en la depuradora municipal durante la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste....	211
18-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. C. V., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	229
19-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. G. Z., como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.....	241
20-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. P. P., debida a accidente escolar.....	251
23-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. G. A., en nombre y representación de su hija menor de edad S. G. A., debida a accidente escolar.....	280
28-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. B. Á., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	379
29-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. G. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	387
30-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. V. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. V., debida a accidente escolar.....	392
31-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a N. P. S., debida a accidente escolar.....	399

32-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. G. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. T. G., debida a accidente escolar	399
33-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. C. C., en nombre y representación de su hija menor de edad M. R. C., debida a accidente escolar	399
35-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. L. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	409
38-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. Q. H. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad N. H. M., debida a accidente escolar	443
39-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. L. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. B. L. L., debida a accidente escolar	443
41-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. M. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	450
42-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a L. N. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. I. T. N., debida a accidente escolar	467
43-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. B., en nombre y representación de su hija menor de edad L. L. C., debida a accidente escolar	467
44-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. M. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	471
48-07	Responsabilidad patrimonial instada por I. M. A., S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	517
49-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. C. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	520
50-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	526
52-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. D. C. C., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	549
53-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. S. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	555
55-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. O. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	570

56-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. Y., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	576
57-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. H. Y. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. Y J., debida a accidente escolar	586
58-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a I. L. M., como consecuencia de los daños sufridos en el C.E.I.P. “Los Rosales” de El Palmar (Murcia).....	587
61-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. L. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. B. L. L., debida a accidente escolar	602
62-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. J. E. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	602
63-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a C. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por caída en la vía pública	618
67-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	670
68-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. T. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	679
69-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a S. O. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	684
72-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. B. O., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. G. B., debida a accidente escolar	709
74-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. C. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. Á. C. R., debida a accidente escolar	717
75-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. G. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	717
76-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. G. P. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	723
77-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. R. P. en representación de F.B.S.S., S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	727
78-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. J. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. R., debida a accidente en centro de menores	733

79-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. J. G. P., debida a accidente escolar	741
80-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. M. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. M. R., debida a accidente escolar	742
81-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	746
82-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. T. F. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	752
83-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. L. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. S. M., debida a accidente escolar	765
84-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. B. C., como consecuencia de los daños sufridos por Resolución del Tribunal de las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la CARM.....	765
85-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	779
87-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. S. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. Á. M. S., debida a accidente escolar	798
88-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. L. y W., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	807
89-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. M. M. y D. F. J. G. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	813
92-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. G. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	837
93-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. F. V. B., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	844
94-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. M. M., debida a accidente escolar	849
96-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. S. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	886
97-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. B. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	897

98-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. T. en nombre y representación de A. C. de S. y R. S.A. y su asegurado D. J. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	907
99-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. I. C. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	914
100-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	923
101-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. C. F., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. C. C., debida a accidente escolar	930
104-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a P. M. G., en nombre y representación de su hija menor de edad A. A. M., debida a accidente escolar	965
105-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. M. D., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	965
111-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1038
113-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1058
114-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. F. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. F. F., debida a accidente escolar	1065
115-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. G. y D. ^a J. P. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1070
116-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a R. G. Y., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1081
117-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1086
118-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. G. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1092
120-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. N. Z., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1101

121-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. C. N. I., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios	1109
122-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. B. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1113
123-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. N. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1125
124-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. T. F. F. en nombre y representación de la sociedad mercantil G. E. F., S.L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios	1130
125-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. E. L. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1145
126-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. E. C. H., como consecuencia de los daños morales derivados de expediente disciplinario	1150
128-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a B. O., madre del menor M. O., como consecuencia de los daños morales por la asunción de la tutela de su hijo.....	1179
129-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. B. F. E., en nombre y representación de su hija menor de edad T. F. R., debida a accidente escolar	1183
130-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. A. S. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. S. L., debida a accidente escolar	1184
131-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. T. G. en representación de G. S. S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad	1189
132-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. B. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios públicos	1196
133-07	Responsabilidad patrimonial instada por A., S.L., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.....	1202
134-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. R. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1215
136-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1223
141-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. G. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1271

142-07	Responsabilidad patrimonial instada por D ^a . M. Á. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1277
143-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. P. S. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1285
145-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. L. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1297
146-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios	1303
147-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. C. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1310
151-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. R. R., debida a accidente escolar	1344
153-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. B. y D. ^a B. D. M., en nombre y representación de su hija B. P. D., debida a accidente en Centro Ocupacional	1347
156-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. V. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios públicos	1377
158-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1394
159-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. J. E. B., como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad.....	1402
160-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. H. R. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1410
161-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1426
162-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. M. B. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.....	1432
163-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. C. N. N., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. G. N., debida a accidente escolar	1446
164-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a D. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. P. G., debida a accidente escolar	1446

167-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. A. J. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1476
170-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. T. C. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1500
171-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. O. T., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1507
172-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. H. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad V. M. S. H., debida a accidente escolar.....	1512
173-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a F. S. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1513
174-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. C. C. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1528
175-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. M. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	1533
177-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a E. V. D., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1544
178-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. R. A. B., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1555
179-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a A. P. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1558
180-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a M. D. M. G., debida a accidente en centro escolar.....	1564
181-07	Responsabilidad patrimonial instada por D. ^a J. C. P., como consecuencia de los daños sufridos por un robo durante una actividad extraescolar.....	1573

Subtotal..... 119

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

Subtotal..... 0

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

Subtotal..... 0

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

148-07 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión directa mediante Convenio, de una subvención al Consorcio Turístico Desfiladero de Almadenes, con omisión del trámite de fiscalización previa..... 1320

176-07 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la Consejería de Educación y Cultura en el expediente: “Modificado de la contratación de obras de construcción de un instituto de educación secundaria en Algezares (Murcia)”, con omisión del trámite de fiscaliza..... 1538

Subtotal..... 2

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

17-07 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente: “Modificado del nuevo trazado de la carretera C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños” 217

70-07 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente: “Modificado nº 1 de Conexión de la Autovía AP-7 en Alhama de Murcia con el Campo de Cartagena” 694

Subtotal..... 2

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

Subtotal..... 0

15- Pliegos generales para contratación y para concesiones.

Subtotal..... 0

16.- Alteración, creación y supresión de municipios.

Subtotal..... 0

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

Subtotal..... 0

Subtotal Preceptivos..... 181

B) Potestativos:

Subtotal Potestativos..... 0

T O T A L 181

III.- Índice alfabético de materias

MATERIA DEL DICTAMEN

ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: 08-07, 19-07.

ACCIDENTE ESCOLAR: 03-07, 09-07, 20-07, 23-07, 30-07, 31-07, 32-07, 33-07, 38-07, 39-07, 42-07, 43-07, 57-07, 61-07, 72-07, 74-07, 78-07, 79-07, 80-07, 83-07, 87-07, 94-07, 101-07, 104-07, 114-07, 129-07, 130-07, 151-07, 153-07, 163-07, 164-07, 172-07, 180-07, 181-07.

CARRETERAS: 17-07.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: 12-07, 13-07.

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN/PRIVADOS: 138-07, 152-07, 169-07.

DAÑOS: 04-07, 05-07, 14-07, 16-07, 29-07, 58-07, 63-07, 84-07, 88-07, 112-07, 121-07, 124-07, 126-07, 128-07, 132-07, 133-07, 156-07, 159-07, 162-07.

OBRAS DE CONSTRUCCIÓN: 176-07.

OBRAS PÚBLICAS: 16-07.

REGLAMENTOS: 02-07, 07-07, 11-07, 21-07, 22-07, 24-07, 25-07, 26-07, 27-07, 34-07, 36-07, 37-07, 46-07, 47-07, 59-07, 60-07, 64-07, 65-07, 66-07, 70-07, 71-07, 73-07, 90-07, 91-07, 95-07, 103-07, 106-07, 107-07, 108-07, 109-07, 110-07, 127-07, 135-07, 137-07, 139-07, 144-07, 149-07, 150-07, 154-07, 155-07, 157-07, 165-07, 166-07, 168-07.

REVISIÓN DE OFICIO: 40-07, 45-07, 54-07, 86-07, 102-07, 119-07, 140-07.

SANIDAD: 01-07, 06-07, 10-07, 18-07, 28-07, 35-07, 41-07, 44-07, 50-07, 51-07, 53-07, 56-07, 62-07, 67-07, 69-07, 82-07, 96-07, 97-07, 99-07, 100-07, 105-07, 111-07, 113-07, 115-07, 116-07, 118-07, 120-07, 122-07, 134-07, 142-07, 146-07, 147-07, 158-07, 160-07, 161-07, 167-07, 170-07, 173-07, 175-07.

SERVICIOS SOCIALES: 162-07.

SUBVENCIONES: 148-07.

TRIBUTOS: 15-07.

VEHÍCULOS: 04-07, 05-07, 29-07, 48-07, 49-07, 52-07, 55-07, 68-07, 75-07, 76-07, 77-07, 81-07, 85-07, 89-07, 92-07, 93-07, 98-07, 117-07, 123-07, 125-07, 131-07, 136-07, 141-07, 143-07, 145-07, 171-07, 174-07, 177-07, 178-07, 179-07.

IV.- Índice de referencias normativas

ÁMBITOS

1. Normativa Internacional
2. Normativa Comunitaria
3. Normativa Estatal
4. Normativa Autonómica
5. Normativa Local

ORGANIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES

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

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

AMBITO: 1.- Normativa Comunitaria

04.- Tratado de la C.E.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1992).

Artículo 119: 26-07.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1997).

Artículo 2: 26-07. Artículo 13: 26-07.

05.- Directiva de la C.E.

1985/337/CEE, de 27 de junio, de Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

Genérico: 140-07.

1990/434/CE, de 23 de julio, Relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades.

Genérico: 124-07.

1998/76/CE, de 1 de octubre, por la que se modifica la Directiva 96/26/CE, relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías y de transportista de viajeros por carretera.

Genérico: 27-07.

2001/42/CE, de 27 de junio, de Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Genérico: 25-07.

2005/29/CE, de 11 de mayo, de Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y modifica las Directivas 84/450/CEE, de 10-9-1984.

Genérico: 95-07.

2006/54/CE, de 5 de julio, de Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Artículo 14: 107-07.

2006/114/CE, de 12 de diciembre, de Publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Genérico: 95-07.

2006/123/CE, de 12 de diciembre, de Servicios en el mercado interior.

Genérico: 95-07.

20.- Reglamento

3577/1992/CE, de 7 de diciembre, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

Genérico: 27-07.

999/2001/CE, de 22 de mayo, por el que se Establece disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles.

Artículo 13: 98-07.

1774/2002/CE, de 3 de octubre, por el que se Establece las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano.

Artículo 4: 137-07.

2006/2004/CE, de 27 de octubre, de Cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

Genérico: 95-07.

ÁMBITO: 2.-Normativa Estatal

07.-Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

Artículo 1: 26-07, 137-07. Artículo 9: 26-07. Artículo 14: 36-07, 107-07, 119-07. Artículo 23: 102-07. Artículo 24: 142-07. Artículo 25: 65-07. Artículo 27: 26-07, 47-07, 91-07, 107-07, 108-07, 154-07, 165-07. Artículo 31: 25-07, 26-07, 65-07, 95-07, 107-07, 108-07, 110-07, 124-07. Artículo 33: 137-07. Artículo 38: 90-07, 95-07. Artículo 39: 128-07, 149-07. Artículo 43: 59-07, 139-07. Artículo 45: 150-07. Artículo 49: 36-07. Artículo 51: 95-07. Artículo 53: 90-07, 137-07. Artículo 103: 02-07, 12-07, 25-07, 26-07, 62-07, 65-07, 95-07, 102-07, 103-07, 107-07, 108-07, 124-07, 155-07. Artículo 105: 109-07. Artículo 106: 01-07, 04-07, 18-07, 28-07, 31-07, 35-07, 44-07, 53-07, 56-07, 61-07, 62-07, 67-07, 82-07, 84-07, 96-07, 97-07, 98-07, 99-07, 100-07, 105-07, 111-07, 113-07, 115-07, 118-07, 122-07, 124-07, 133-07, 134-07, 139-07, 145-07, 147-07, 158-07, 160-07, 161-07, 167-07, 173-07, 175-07, 177-07. Artículo 131: 95-07. Artículo 134: 144-07. Artículo 137: 21-07. Artículo 148: 22-07, 25-07. Artículo 149: 02-07, 21-07, 22-07, 25-07, 26-07, 27-07, 46-07, 47-07, 59-07, 65-07, 91-07, 95-07, 103-07, 106-07, 108-07, 110-07, 127-07, 137-07, 139-07, 154-07, 165-07, 166-07, 168-07.

08.- Estatutos de Autonomía

4/1982, de 9 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (modificado por LO 4/1994 y LO 1/1998).

Artículo 9: 26-07, 36-07. Artículo 10: 25-07, 27-07, 36-07, 65-07, 66-07, 78-07, 90-07, 103-07, 127-07, 135-07, 155-07. Artículo 11: 27-07, 59-07, 90-07, 95-07, 127-07, 137-07, 139-07, 166-07. Artículo 12: 66-07, 166-07, 168-07. Apartado .3: 21-07. Artículo 15: 25-07, 106-07, 168-07. Artículo 16: 26-07, 47-07, 91-07, 107-07, 108-07, 154-07, 165-07. Artículo 32: 02-07, 11-07, 34-07, 36-07, 91-07, 107-07, 108-07, 110-07, 137-07, 139-07,

154-07, 155-07, 165-07, 168-07. Artículo 43: 150-07. Artículo 51: 02-07, 106-07, 166-07.
Artículo 52: 106-07.

09.- Ley Orgánica

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

Artículo 3: 82-07. Artículo 9: 82-07. Artículo 61: 31-07. Artículo 91: 95-07.

8/1985, de 3 de julio, de Regulación del derecho a la educación.

Genérico: 154-07, 165-07.

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

Artículo 6: 46-07. Artículo 7: 46-07.

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

Artículo 27: 25-07, 26-07.

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

Artículo 65: 112-07.

4/1992, de 5 de junio, de Reforma el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto 11-6-1948.

Genérico: 162-07.

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

Genérico: 162-07. Artículo 25: 149-07.

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

Artículo 21: 36-07.

4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre.

Genérico: 38-07.

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

Genérico: 144-07.

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

Artículo 4: 91-07. Artículo 11: 91-07. Artículo 30: 71-07. Artículo 34: 91-07. Artículo 36: 91-07. Artículo 48: 47-07. Artículo 86: 91-07.

1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Genérico: 95-07.

1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Artículo 1: 26-07. Artículo 19: 26-07. Artículo 40: 26-07. Artículo 43: 26-07.

2/2006, de 3 de mayo, Ley Orgánica de Educación.

Genérico: 26-07, 91-07. Artículo 6: 107-07, 108-07, 165-07. Artículo 17: 107-07. Artículo 18: 107-07. Artículo 22: 108-07. Artículo 28: 108-07. Artículo 59: 165-07. Artículo 60: 165-07. Artículo 71: 165-07. Artículo 74: 154-07. Artículo 81: 154-07. Artículo 82: 112-07. Artículo 84: 154-07. Artículo 116: 144-07.

3/2006, de 26 de mayo, por la que se Reforma de la Ley Orgánica 5/2001, de 13-12-2001, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

Genérico: 144-07.

7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

Genérico: 02-07.

3/2007, de 22 de marzo, Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Artículo 1: 107-07. Artículo 16: 107-07. Artículo 51: 106-07.

4/2007, de 12 de abril, por la que se Modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21-12-2001, de Universidades.

Genérico: 71-07, 91-07.

10.- Ley

17 de julio de 1953, de Establecimiento de Seguro Escolar.

Genérico: 79-07.

16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

Genérico: 41-07. Artículo 9: 103-07. Artículo 10: 103-07. Artículo 17: 103-07.

20 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Artículo 40: 41-07.

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

Artículo 43: 88-07, 98-07.

11/1981, de 13 de mayo, que Modifica el Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Genérico: 149-07.

13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

Artículo 60: 36-07.

13/1983, de 24 de octubre, que Modifica el Código Civil, en materia de tutela.

Genérico: 149-07.

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

Artículo 4: 95-07. Artículo 8: 65-07. Artículo 20: 95-07.

30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Genérico: 166-07. Artículo 1: 106-07. Artículo 20: 106-07. Artículo 23: 29-07, 58-07, 92-07, 180-07. Artículo 29: 26-07, 106-07. Artículo 30: 02-07, 26-07.

2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil.

Genérico: 24-07.

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

Artículo 21: 140-07. Artículo 25: 25-07, 36-07, 95-07. Artículo 53: 140-07.

13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

Artículo 18: 22-07.

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

Genérico: 59-07. Artículo 5: 01-07. Artículo 9: 41-07, 67-07, 82-07, 97-07, 122-07, 147-07. Artículo 10: 01-07, 18-07, 35-07, 44-07, 53-07, 67-07, 96-07, 97-07, 160-07. Artículo 16: 60-07. Artículo 25: 139-07. Artículo 30: 166-07. Artículo 42: 95-07. Artículo 43: 06-07, 18-07, 28-07, 41-07, 53-07, 67-07, 69-07, 82-07, 96-07, 97-07, 100-07, 105-07, 111-07, 115-07, 118-07, 122-07, 147-07, 158-07, 160-07, 161-07, 166-07, 173-07. Artículo 66: 166-07. Artículo 67: 69-07, 158-07. Artículo 83: 60-07.

16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes terrestres.

Genérico: 95-07.

21/1987, de 11 de noviembre, que Modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

Genérico: 149-07, 162-07.

10/1988, de 3 de mayo, de Regulación de la Televisión Privada.

Genérico: 157-07.

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

Artículo 22: 103-07. Artículo 30: 103-07. Artículo 111: 103-07. Artículo 112: 24-07. Artículo 114: 103-07. Artículo 117: 24-07.

25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y Caminos

Artículo 2: 25-07. Artículo 3: 25-07. Artículo 4: 25-07. Artículo 15: 143-07, 171-07. Artículo 21: 25-07. Artículo 25: 25-07. Artículo 34: 143-07.

34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Artículo 3: 65-07.

10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Artículo 32: 02-07. Artículo 47: 02-07. Artículo 53: 02-07.

20/1990, de 19 de diciembre, Régimen fiscal de las Cooperativas.

Artículo 6: 119-07, 121-07. Artículo 33: 119-07.

29/1991, de 16 de diciembre, Adecua determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

Genérico: 124-07.

27/1992, de 24 de noviembre, que Regula los Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Artículo 6: 27-07. Artículo 114: 27-07. Artículo 115: 27-07. Artículo 116: 27-07.

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

Genérico: 65-07, 71-07, 155-07. Artículo 3: 04-07. Artículo 4: 22-07. Artículo 6: 91-07. Artículo 11: 46-07, 47-07, 95-07. Artículo 12: 70-07, 117-07, 141-07. Artículo 14: 46-07. Artículo 17: 46-07, 144-07, 150-07. Artículo 21: 103-07. Artículo 22: 95-07, 149-07. Artículo 23: 47-07. Artículo 26: 46-07. Artículo 28: 38-07, 39-07, 48-07, 52-07, 57-07, 63-07, 125-07, 140-07, 159-07, 174-07. Artículo 29: 31-07, 42-07, 48-07, 52-07, 57-07, 174-07. Artículo 31: 31-07, 35-07, 56-07, 62-07, 82-07, 84-07, 85-07, 97-07, 115-07, 122-07, 142-07, 147-07. Artículo 32: 06-07, 18-07, 48-07, 53-07, 63-07, 77-07, 78-07, 88-07, 96-07, 98-07, 100-07, 111-07, 125-07, 156-07, 179-07. Artículo 33: 159-07. Artículo 35: 102-07, 133-07, 171-07, 177-07. Artículo 38: 45-07, 49-07, 54-07, 154-07. Artículo 42: 16-07, 25-07, 45-07, 51-07, 54-07, 59-07, 62-07, 69-07, 82-07, 86-07, 93-07, 96-07, 98-07, 100-07, 117-07, 125-07, 133-07, 141-07, 147-07, 149-07, 173-07. Artículo 43: 13-07, 24-07, 36-07. Artículo 44: 24-07. Artículo 48: 86-07, 106-07. Artículo 51: 127-07. Artículo 53: 102-07, 176-07. Artículo 54: 106-07, 168-07. Artículo 57: 128-07. Artículo 58: 69-07, 158-07. Artículo 59: 49-07, 143-07. Artículo 62: 40-07, 51-07, 54-07, 86-07, 102-07, 106-07, 119-07, 140-07, 176-07. Artículo 66: 45-07, 70-07. Artículo 70: 31-07, 132-07. Artículo 71: 106-07. Artículo 72: 168-07. Artículo 74: 136-07, 178-07. Artículo 78: 62-07, 78-07, 143-07, 166-07, 179-07. Artículo 79: 102-07. Artículo 80: 10-07, 51-07, 62-07, 67-07, 86-07, 159-07, 171-07. Artículo 83: 16-07, 102-07. Artículo 84: 12-07, 13-07, 40-07, 54-07, 63-07, 124-07, 152-07. Artículo 89: 130-07, 132-07, 156-07. Artículo 90: 36-07, 59-07. Artículo 92: 45-07. Artículo 102: 40-07, 45-07, 51-07, 54-07, 86-07, 102-07, 140-07. Artículo 103: 40-07, 45-07. Artículo 104: 119-07. Artículo 105: 12-07, 13-07, 56-07, 59-07. Artículo 106: 86-07, 102-07. Artículo 107: 07-07, 154-07. Artículo 114: 84-07, 154-07. Artículo 129: 90-07, 137-07. Artículo 131: 25-07, 95-07. Artículo 132: 25-07. Artículo 133: 27-07. Artículo 136: 123-07. Artículo 137: 27-07, 166-07. Artículo 139: 01-07, 03-07, 04-07, 05-07, 06-07, 08-07, 09-07, 14-07, 18-07, 19-07, 20-07, 23-07, 28-07, 29-07, 30-07, 31-07, 32-07, 33-07, 35-07, 38-07, 39-07, 41-07, 42-07, 43-07, 44-07, 48-07, 49-07, 52-07, 53-07, 55-07, 56-07, 57-07, 58-07, 61-07, 62-07, 63-07, 67-07, 68-07, 69-07, 72-07, 74-07, 75-07, 76-07, 77-07, 78-07, 79-07, 80-07, 81-07, 82-07, 83-07, 84-07, 85-07, 87-07, 88-07, 92-07, 93-07, 94-07, 96-07, 97-07, 98-07, 99-07, 100-07, 101-07, 104-07, 105-07, 111-07, 113-07, 114-07, 115-07, 116-07, 118-07, 120-07, 122-07, 124-07, 125-07, 126-07, 128-07, 129-07, 130-07, 131-07, 132-07, 133-07, 134-07, 136-07, 139-07, 140-07, 142-07, 143-07, 145-07, 147-07, 151-07, 153-07, 156-07, 158-07, 160-07, 161-07, 162-07, 163-07, 164-07, 167-07, 170-07, 171-07, 172-07, 173-07, 174-07, 175-07, 177-07, 178-07, 179-07, 180-07, 181-07. Artículo 140: 33-07, 159-07. Artículo 141: 08-07, 19-07, 50-07, 55-07, 58-07, 68-07, 78-07, 82-07, 92-07, 93-07, 97-07, 111-07, 113-07, 123-07, 124-07, 128-07, 134-07, 178-07. Artículo

142: 01-07, 03-07, 04-07, 05-07, 06-07, 08-07, 14-07, 16-07, 18-07, 19-07, 20-07, 28-07, 29-07, 30-07, 31-07, 32-07, 35-07, 38-07, 39-07, 41-07, 42-07, 43-07, 44-07, 48-07, 52-07, 53-07, 55-07, 56-07, 57-07, 61-07, 62-07, 63-07, 67-07, 68-07, 69-07, 74-07, 75-07, 76-07, 77-07, 78-07, 79-07, 80-07, 81-07, 83-07, 84-07, 85-07, 87-07, 88-07, 89-07, 93-07, 94-07, 96-07, 98-07, 99-07, 100-07, 105-07, 112-07, 114-07, 115-07, 116-07, 117-07, 118-07, 120-07, 121-07, 122-07, 123-07, 124-07, 125-07, 129-07, 130-07, 131-07, 133-07, 134-07, 136-07, 141-07, 142-07, 143-07, 145-07, 147-07, 151-07, 153-07, 156-07, 158-07, 159-07, 160-07, 161-07, 162-07, 167-07, 170-07, 171-07, 172-07, 173-07, 174-07, 175-07, 176-07, 177-07, 178-07, 180-07, 181-07. Artículo 146: 09-07, 23-07, 29-07, 30-07, 32-07, 38-07, 57-07, 58-07, 72-07, 74-07, 94-07, 101-07, 104-07, 129-07, 163-07, 172-07.

3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación

Genérico: 64-07.

25/1994, de 12 de julio, de Incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, a los Estados miembros relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Genérico: 157-07.

21/1995, de 6 de julio, de Regulación de los viajes combinados.

Genérico: 65-07. Artículo 3: 90-07. Artículo 4: 127-07.

30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado.

Genérico: 19-07, 63-07, 156-07.

31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Genérico: 37-07. Artículo 3: 168-07. Artículo 9: 168-07, 180-07. Artículo 23: 180-07.

41/1995, de 22 de diciembre, que Regula el régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres.

Genérico: 157-07.

43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades.

Artículo 97: 124-07. Artículo 110: 124-07.

7/1997, de 14 de abril, de Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales.

Artículo 103-07.

42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Genérico: 180-07.

50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno.

Genérico: 36-07. Artículo 22: 26-07. Artículo 24: 26-07, 109-07, 149-07.

54/1997, de 27 de noviembre, que Regula el sector eléctrico.

Genérico: 95-07.

66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Genérico: 157-07.

6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Genérico: 103-07. Artículo 2: 25-07. Artículo 25: 25-07.

10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

Artículo 3: 12-07. Artículo 12: 12-07.

23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Artículo 1: 21-07. Artículo 14: 21-07. Artículo 20: 21-07. Artículo 33: 21-07. Artículo 35: 21-07. Artículo 36: 21-07.

24/1998, de 13 de julio, de Regulación del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

Genérico: 95-07.

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

Artículo 8: 95-07. Artículo 36: 62-07. Artículo 103: 84-07. Artículo 104: 84-07.

34/1998, de 7 de octubre, de Ley del Sector de Hidrocarburos.

Genérico: 95-07.

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

Genérico: 69-07, 102-07, 106-07, 140-07, 158-07.

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

Genérico: 73-07.

38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Artículo 3: 103-07.

55/1999, de 29 de diciembre, sobre Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Genérico: 166-07.

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

Genérico: 149-07. Artículo 11: 95-07. Artículo 217: 01-07, 05-07, 06-07, 31-07, 41-07, 52-07, 53-07, 56-07, 62-07, 69-07, 78-07, 82-07, 88-07, 96-07, 105-07, 116-07, 133-07, 145-07, 147-07, 160-07, 161-07, 167-07, 174-07, 177-07, 179-07, 181-07. Artículo 250: 159-07. Artículo 283: 67-07. Artículo 335: 06-07, 35-07, 41-07, 44-07, 50-07, 62-07, 67-07, 82-07, 96-07, 97-07, 99-07, 115-07, 122-07, 147-07, 160-07, 173-07. Artículo 339: 10-07. Artículo 341: 10-07. Artículo 348: 67-07, 122-07. Artículo 367: 171-07. Artículo 377: 171-07. Artículo 381: 146-07. Artículo 1676: 159-07.

10/2001, de 5 de julio, Aprueba el Plan Hidrológico Nacional.

Artículo 28: 24-07.

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

Artículo 7: 144-07.

19/2001, 19 de diciembre, de Reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2-3-1990.

Genérico: 36-07.

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

Artículo 51: 119-07. Artículo 64: 150-07.

16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación.

Artículo 26: 140-07.

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

Artículo 2: 150-07.

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

Artículo 10: 65-07.

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

Genérico: 01-07, 18-07, 35-07, 41-07, 59-07, 69-07, 82-07, 160-07. Artículo 2: 142-07. Artículo 3: 105-07. Artículo 4: 44-07, 97-07. Artículo 9: 44-07. Artículo 10: 97-07, 105-07, 173-07. Artículo 15: 115-07.

8/2003, de 24 de abril, Ley de Sanidad Animal.

Artículo 36: 137-07. Artículo 38: 137-07. Artículo 39: 137-07. Artículo 84: 137-07. Artículo 86: 137-07. Artículo 90: 137-07.

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

Artículo 4: 59-07, 161-07. Artículo 76: 166-07. Artículo 79: 166-07.

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

Artículo 67: 169-07.

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

Genérico: 26-07.

32/2003, de 3 de noviembre, Ley General de Telecomunicaciones.

Genérico: 95-07. Artículo 26: 07-07.

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

Genérico: 58-07, 173-07.

37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.

Genérico: 25-07.

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

Genérico: 21-07. Artículo 36: 40-07, 45-07, 54-07.

44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias.

Genérico: 26-07.

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

Artículo 1: 165-07. Artículo 16: 165-07.

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

Artículo 1: 168-07.

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

Artículo 142: 121-07, 124-07. Artículo 145: 124-07. Artículo 217: 119-07. Artículo 227: 110-07.

60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Genérico: 65-07.

9/2006, de 28 de abril, Sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Artículo 8: 25-07. Artículo 12: 25-07.

15/2006, de 26 de mayo, por la que se Reforma de la Ley 18/2001, de 12- 12-2001, General de Estabilidad Presupuestaria.

Genérico: 144-07.

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

Genérico: 166-07.

37/2006, de 7 de diciembre, de Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.

Artículo 54: 41-07.

44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Genérico: 65-07. Artículo 36: 95-07.

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

Artículo 7: 110-07. Artículo 14: 181-07. Artículo 20: 168-07. Artículo 24: 168-07. Artículo 28: 181-07. Artículo 84: 106-07.

8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.

Genérico: 140-07.

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

Genérico: 157-07. Artículo 27: 152-07.

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

Genérico: 169-07.

14.- Real Decreto Legislativo

3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Artículo 31: 119-07.

1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de impacto ambiental.

Genérico: 25-07, 140-07.

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

Artículo 7: 36-07. Artículo 9: 81-07. Artículo 11: 145-07. Artículo 19: 145-07, 177-07. Artículo 54: 81-07. Artículo 57: 88-07, 133-07, 143-07, 171-07, 177-07.

1/1992, de 26 de junio, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Artículo 302: 140-07.

1/1993, de 24 de septiembre, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Artículo 31: 119-07. Artículo 45: 124-07. Artículo 51: 15-07. Artículo 54: 15-07.

1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 22: 60-07.

2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 5: 13-07, 112-07. Artículo 11: 22-07. Artículo 20: 169-07. Artículo 33: 138-07. Artículo 59: 12-07, 13-07, 17-07, 70-07, 112-07, 138-07, 152-07, 176-07. Artículo 62: 51-

07, 86-07. Artículo 64: 51-07, 86-07. Artículo 87: 70-07. Artículo 97: 16-07, 63-07, 69-07, 78-07, 88-07, 112-07, 117-07, 138-07, 141-07. Artículo 98: 144-07. Artículo 101: 17-07, 37-07, 70-07, 176-07. Artículo 111: 12-07, 13-07, 17-07. Artículo 112: 169-07. Artículo 113: 12-07, 13-07, 138-07. Artículo 124: 103-07. Artículo 134: 70-07. Artículo 146: 17-07, 37-07, 176-07. Artículo 149: 138-07. Artículo 154: 12-07. Artículo 156: 95-07. Artículo 161: 69-07, 112-07, 158-07. Artículo 216: 37-07. Artículo 217: 37-07. Artículo 218: 37-07. Artículo 219: 37-07. Artículo 249: 169-07. Artículo 255: 169-07. Artículo 264: 169-07.

4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Artículo 1: 58-07. Artículo 5: 58-07.

5/2000, de 4 de agosto, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Genérico: 168-07.

1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Artículo 6: 24-07. Artículo 11: 24-07. Artículo 24: 24-07, 70-07. Artículo 25: 24-07. Artículo 77: 70-07.

8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Genérico: 58-07, 173-07.

16.- Real Decreto

2512/1977, de 17 de junio, sobre Tarifas de honorarios.

Artículo 2: 103-07. Artículo 6: 103-07.

2135/1980, de 26 de septiembre, de Liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado.

Artículo 2: 156-07.

1945/1983, de 22 de junio, por el que se Regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria.

Genérico: 95-07, 137-07,

1048/1984, de 25 de abril, de Traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de abastecimiento de agua, saneamientos, encauzamientos y defensa de márgenes de ríos y regadíos.

Genérico: 24-07.

849/1986, de 11 de abril, por el que se Aprueba el Reglamento, que desarrolla los tít. Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2-8- 1985, de Aguas.

Artículo 9: 24-07.

1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se establece el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

Artículo 46: 103-07. Artículo 48: 103-07. Artículo 85: 103-07. Artículo 91: 103-07. Artículo 203: 103-07.

429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Procedimental en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Genérico: 49-07, 55-07, 89-07, 113-07, 121-07, 162-07. Artículo 1: 16-07. Artículo 4: 01-07, 06-07, 18-07, 28-07, 41-07, 44-07, 69-07, 80-07, 82-07, 85-07, 99-07, 105-07, 111-07, 115-07, 116-07, 118-07, 120-07, 124-07, 158-07, 159-07, 160-07, 161-07, 167-07, 170-07, 173-07, 175-07, 177-07, 181-07. Artículo 5: 84-07. Artículo 6: 05-07, 28-07, 31-07, 48-07, 52-07, 56-07, 58-07, 63-07, 77-07, 78-07, 83-07, 125-07, 133-07, 142-07, 145-07, 156-07, 159-07, 174-07, 177-07, 179-07, 180-07. Artículo 9: 62-07. Artículo 10: 16-07, 44-07, 50-07, 69-07, 88-07, 99-07, 117-07, 124-07, 141-07, 173-07, 175-07. Artículo 11: 111-07, 128-07. Artículo 12: 01-07, 03-07, 04-07, 06-07, 14-07, 18-07, 20-07, 23-07, 29-07, 30-07, 31-07, 32-07, 33-07, 35-07, 38-07, 39-07, 41-07, 42-07, 43-07, 44-07, 53-07, 56-07, 57-07, 58-07, 61-07, 62-07, 63-07, 67-07, 69-07, 72-07, 74-07, 79-07, 80-07, 82-07, 83-07, 84-07, 87-07, 94-07, 97-07, 98-07, 99-07, 100-07, 101-07, 104-07, 105-07, 111-07, 114-07, 118-07, 120-07, 122-07, 126-07, 129-07, 130-07, 132-07, 133-07, 142-07, 147-07, 153-07, 159-07, 160-07, 163-07, 164-07, 170-07, 172-07, 173-07, 180-07. Apartado .2: 96-07. Artículo 13: 01-07, 04-07, 18-07, 28-07, 35-07, 48-07, 52-07, 87-07, 96-07, 100-07, 125-07, 136-07, 143-07, 145-07, 147-07, 156-07, 158-07, 171-07, 174-07, 178-07. Artículo 16: 151-07. Artículo 18: 63-07.

636/1993, de 3 de mayo, por el que se Regula el sistema arbitral de consumo.

Genérico: 95-07.

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

Artículo 44: 25-07.

63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Genérico: 44-07. Artículo 5: 147-07, 161-07.

364/1995, de 10 de marzo, por el que se Aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción.

Artículo 48: 106-07. Artículo 62: 106-07. Artículo 68: 106-07. Artículo 69: 106-07.

732/1995, de 5 de mayo, Derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia.

Artículo 48: 30-07. Artículo 52: 30-07, 126-07.

828/1995, de 29 de mayo, por el que se Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Artículo 122: 15-07.

1694/1995, de 20 de octubre, por el que se Regula las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios.

Genérico: 112-07. Artículo 2: 112-07.

2048/1995, de 22 de diciembre, por el que se Establece el título de Técnico superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas y las correspondientes enseñanzas mínimas.

Genérico: 02-07.

2049/1995, de 22 de diciembre, por el que se Establece el título de Técnico en Conducción de Actividades Físico-Deportivas en el Medio Natural y las correspondientes enseñanzas mínima.

Genérico: 02-07.

366/1997, de 14 de marzo, por el que se Regula el régimen de elección de centro educativo.

Artículo 1: 154-07.

486/1997, de 14 de abril, por el que se Establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

Genérico: 180-07.

1466/1997, de 19 de septiembre, por que se Determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público.

Artículo 3: 27-07. Artículo 12: 27-07.

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

Genérico: 37-07.

1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se Configura como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos, se aprueban las directrices.

Genérico: 127-07. Artículo 10: 02-07.

1917/1997, de 19 de diciembre, por la que se Establece las normas de identidad y pureza de los aditivos alimentarios distintos de colorantes y edulcorantes utilizados en los productos alimenticios.

Artículo 5: 127-07.

928/1998, de 14 de mayo, por el que se Aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de Seguridad Social

Genérico: 168-07.

1427/1998, de 3 de julio, por el que se Establece la denominación de los Cuerpos y Escalas de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social.

Genérico: 166-07.

605/1999, de 16 de abril, de Regulación complementaria de los procesos electorales.

Artículo 13: 02-07.

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

Genérico: 107-07, 108-07, 165-07.

1247/1999, de 16 de julio, de Reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles.

Genérico: 27-07.

1597/1999, de 15 de octubre, de Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de transporte marítimo.

Genérico: 27-07.

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

Artículo 59: 168-07. Artículo 60: 168-07. Artículo 63: 168-07. Artículo 68: 168-07.

443/2001, de 27 de abril, sobre Condiciones de Seguridad en Transporte Escolar y de Menores.

Artículo 8: 112-07.

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

Genérico: 112-07, 138-07. Artículo 73: 17-07. Artículo 109: 12-07, 13-07, 169-07. Artículo 113: 13-07. Artículo 160: 37-07. Artículo 162: 37-07.

1440/2001, de 21 de diciembre, por el que se Establece el sistema de alerta sanitaria.

Artículo 6: 132-07.

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

Genérico: 166-07.

1282/2002, de 5 de diciembre, por el que se regula el Registro Nacional de Universidades, Centros y Enseñanzas

Genérico: 91-07.

1272/2003, de 10 de octubre, Regula las condiciones para la declaración de equivalencia de títulos españoles de enseñanza superior universitaria o no universitaria a los títulos universitarios..

Artículo 1: 91-07.

1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, aprobado por R.D.L. 339/1990

Artículo 36: 145-07. Artículo 45: 125-07.

1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Genérico: 110-07.

1504/2003, de 28 de noviembre, por el que se Aprueba el Reglamento del Consejo de Coordinación Universitaria.

Artículo 18: 71-07.

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

Artículo 14: 02-07.

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

Artículo 3: 137-07. Artículo 6: 137-07.

1547/2004, de 25 de junio, por el que se Establece normas de ordenación de las explotaciones cunícolas.

Artículo 5: 137-07.

520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

Artículo 4: 119-07.

689/2005, de 10 de junio, por el que se Modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4-2-2000.

Genérico: 168-07.

945/2005, de 29 de julio, por el que se Aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de televisión digital terrestre.

Genérico: 157-07.

63/2006, de 27 de enero, por el que se Aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

Genérico: 22-07.

224/2006, de 25 de febrero, por el que se Declara la equivalencia del título propio de graduado superior en Ingeniería de Sistemas de Defensa, expedido por la Universidad Politécnica de Cartagena, ...

Genérico: 91-07.

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

Genérico: 103-07.

806/2006, de 30 de junio, por el que se Establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

Artículo 8: 108-07. Artículo 24: 165-07.

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

Genérico: 44-07. Artículo 2: 60-07. Artículo 4: 147-07, 161-07.

1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se Establece las enseñanzas mínimas de la Educación primaria.

Artículo 3: 107-07. Artículo 4: 107-07.

1629/2006, de 29 de diciembre, por el que se Fija los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

Artículo 3: 165-07. Artículo 4: 165-07.

1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se Establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria.

Artículo 3: 108-07. Artículo 5: 108-07. Artículo 10: 108-07. Artículo 15: 108-07.

505/2007, de 20 de abril, que Aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados.

Genérico: 165-07.

17.- Decreto

2065/1974, de 30 de mayo, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 174: 166-07.

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

Artículo 136: 51-07, 86-07.

18.- Códigos

Código Civil.

Genérico: 62-07. Artículo 2: 46-07, 106-07. Artículo 6: 17-07. Artículo 154: 72-07. Artículo 162: 03-07, 20-07, 23-07, 32-07, 39-07, 42-07, 43-07, 56-07, 57-07, 61-07, 72-07, 74-07, 79-07, 80-07, 83-07, 94-07, 104-07, 114-07, 122-07, 129-07, 130-07, 151-07, 163-07, 164-07, 172-07. Artículo 172: 78-07, 162-07. Artículo 173: 149-07. Artículo 1258: 12-07. Artículo 1278: 127-07. Artículo 1903: 29-07. Artículo 1905: 98-07.

ÁMBITO: 4.- Normativa Autonómica

10.- Ley Núm.Dic:

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

Artículo 32: 36-07.

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

Artículo 1: 66-07.

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

Genérico: 110-07. Artículo 21: 64-07. Artículo 49: 64-07.

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

Artículo 3: 95-07. Artículo 76: 36-07. Artículo 82: 46-07.

9/1990, de 27 de agosto, de carreteras de la Región de Murcia.

Artículo 3: 133-07. Artículo 19: 25-07. Artículo 20: 131-07, 133-07, 143-07, 171-07. Artículo 21: 63-07. Artículo 32: 25-07. Artículo 36: 131-07.

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

Artículo 56: 46-07.

3/1993, de 16 de julio, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.

Genérico: 110-07. Artículo 3: 59-07.

1/1994, de 29 de abril, por la que se Modifica la Ley 9/1985, de 10-12-1985, de régimen jurídico de la Región de Murcia.

Genérico: 66-07.

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

Genérico: 59-07, 139-07. Artículo 3: 95-07. Artículo 6: 166-07. Artículo 11: 166-07.

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

Genérico: 46-07.

9/1994, de 30 de diciembre, por la que se crea el Consejo Regional de Cooperación Local (C.A. de Murcia).

Genérico: 66-07.

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

Artículo 13: 140-07. Artículo 28: 140-07.

3/1995, de 21 de marzo, de Ley de la infancia de la Región de Murcia.

Artículo 22: 128-07. Artículo 24: 128-07. Artículo 32: 149-07. Artículo 44: 162-07.

8/1995, de 24 de abril, de Promoción y Participación juvenil (C.A. de Murcia).

Genérico: 135-07. Artículo 24: 109-07.

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

Genérico: 90-07, 127-07. Artículo 2: 95-07. Artículo 4: 95-07. Artículo 8: 65-07. Artículo 14: 95-07. Artículo 19: 95-07. Artículo 23: 166-07. Artículo 44: 95-07.

5/1996, de 30 de julio, de Museos de la Región de Murcia.

Artículo 32: 66-07. Artículo 33: 66-07.

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

Artículo 2: Apartado .5: 02-07, 46-07. Apartado .8: 65-07. Artículo 7: 51-07, 86-07. Artículo 10: Apartado .5: 22-07. Artículo 11: 37-07. Artículo 12: Apartado .11: 176-07. Apartado .12: 148-07. Apartado .13: 17-07, 70-07. Apartado .2: 21-07, 22-07, 25-07, 26-07, 27-07, 95-07, 144-07, 150-07, Apartado .5: 07-07, 11-07, 15-07, 24-07, 34-07, 36-07, 46-07, 47-07, 59-07, 60-07, 64-07, 65-07, 66-07, 71-07, 73-07, 103-07, 106-07, 107-07, 108-07, 109-07, 110-07, 127-07, 135-07, 137-07, 139-07, 149-07, 154-07, 155-07, 165-07, 166-07, 168-07. Apartado .6: 40-07, 45-07, 51-07, 54-07, 86-07, 102-07, 119-07. Apartado .7: 12-07, 13-07, 112-07, 138-07, 152-07, 169-07. Apartado .8: 37-07, Apartado .9: 01-07, 03-07, 04-07, 05-07, 06-07, 08-07, 10-07, 14-07, 16-07, 18-07, 19-07, 20-07, 23-07, 28-07, 29-07, 30-07, 31-07, 32-07, 35-07, 38-07, 39-07, 41-07, 42-07, 43-07, 44-07, 48-07, 49-07, 52-07, 53-07, 55-07, 56-07, 57-07, 58-07, 61-07, 62-07, 63-07, 67-07, 68-07, 69-07, 72-07, 74-07, 75-07, 76-07, 77-07, 78-07, 79-07, 80-07, 81-07, 82-07, 83-07, 84-07, 85-07, 87-07, 88-07, 89-07, 90-07, 91-07, 92-07, 93-07, 94-07, 96-07, 97-07, 98-07, 99-07, 100-07, 101-07, 104-07, 105-07, 111-07, 112-07, 113-07, 114-07, 115-07, 116-07, 117-07, 118-07, 120-07, 121-07, 122-07, 123-07, 124-07, 125-07, 126-07, 128-07, 129-07, 130-07, 131-07, 132-07, 133-07, 134-07, 136-07, 141-07, 142-07, 143-07, 145-07, 146-07, 147-07, 151-07, 153-07, 156-07, 158-07, 159-07, 160-07, 161-07, 162-07, 163-07, 164-07, 167-07, 170-07, 171-07, 172-07, 173-07, 174-07, 175-07, 177-07, 178-07, 179-07, 180-07, 181-07. Artículo 14: 140-07. Artículo 17: Apartado .3: 34-07.

3/1997, de 28 de mayo, que Regula la Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

Artículo 15: 166-07. Artículo 55: 166-07.

4/1997, de 24 de julio, de Construcción y explotación de infraestructuras de la Región de Murcia.

Artículo 16: 25-07. Artículo 21: 25-07.

7/1997, de 29 de octubre, de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales (C.A. de Murcia).

Genérico: 60-07.

11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo.

Artículo 8: 65-07, 127-07. Artículo 9: 65-07. Artículo 10: 65-07, 90-07, 127-07. Artículo 36: 65-07. Artículo 37: 90-07, 127-07. Artículo 45: 95-07, 127-07. Artículo 46: 90-07. Artículo 64: 90-07.

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

Artículo 6: 154-07. Artículo 11: 154-07. Artículo 14: 26-07. Artículo 29: 154-07.

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

Artículo 7: 166-07.

1/2000, de 27 de junio, de Creación del Instituto de Seguridad y Salud Laboral.

Artículo 4: 168-07.

2/2000, de 12 de julio, de Normas reguladoras de Deportes de la Región de Murcia.

Artículo 68: 02-07. Artículo 69: 02-07. Artículo 91: 02-07. Artículo 94: 02-07.

3/2000, de 12 de julio, por la que se Regula el Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales e Implantación del Canon de Saneamiento de la Región de Murcia.

Artículo 14: 110-07. Artículo 20: 110-07. Artículo 22: 110-07. Artículo 26: 110-07. Artículo 31: 110-07.

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

Genérico: 103-07. Artículo 7: 24-07.

5/2001, de 5 de diciembre, de Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud.

Genérico: 11-07. Artículo 87: 166-07.

1/2002, de 20 de marzo, de Adecuación de los Procedimientos de la Administración Regional de Murcia a la Ley 30/ 1992, de 26-11-1992.

Genérico: 24-07, 140-07.

3/2002, de 20 de mayo, de Tarifa del Canon de Saneamiento.

Genérico: 110-07.

8/2002, de 30 de octubre, por la que se Crea el Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario.

Artículo 1: 22-07. Artículo 16: 106-07. Artículo 19: 106-07.

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

Artículo 3: 40-07, 45-07, 54-07. Artículo 24: 40-07, 45-07.

12/2002, de 3 de diciembre, de Creación del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia.

Artículo 4: 26-07.

13/2002, de 4 de diciembre, de creación del Instituto de la Juventud de Región de Murcia.

Genérico: 135-07.

15/2002, de 23 de diciembre, de Medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasa regionales (año 2003).

Genérico: 110-07. Artículo 6: 15-07.

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

Artículo 11: 149-07. Artículo 13: 36-07. Artículo 21: 36-07.

9/2003, de 23 de diciembre, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.

Artículo 2: 64-07. Artículo 3: 65-07. Artículo 8: 64-07, 65-07. Artículo 11: 64-07. Artículo 12: 64-07. Artículo 22: 64-07.

2/2004, de 24 de mayo, por la que se Modifica la Ley 1/2001 del Suelo de la Región de Murcia.

Genérico: 07-07, 103-07.

4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la C.A. Región de Murcia.

Genérico: 34-07. Artículo 3: 70-07. Artículo 7: 119-07, 176-07. Artículo 8: 24-07. Artículo 70: 70-07.

5/2004, de 22 de octubre, Ley del Voluntariado en la Región de Murcia.

Artículo 47: 21-07.

6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, de la C.A. Región de Murcia.

Artículo 12: 24-07. Artículo 21: 91-07, 137-07, 139-07, 154-07, 155-07, 165-07. Artículo 22: 21-07, 36-07, 91-07, 103-07, 154-07, 165-07. Artículo 37: 36-07, 137-07, 149-07, 155-07. Artículo 38: 02-07, 64-07, 65-07, 90-07, 110-07, 127-07, 137-07, 154-07, 168-07. Artículo 46: 22-07, 25-07, 26-07, 27-07, 95-07, 144-07, 150-07. Artículo 52: 02-07, 11-07, 24-07, 36-07, 64-07, 91-07, 139-07, 154-07, 155-07, 165-07, 168-07. Artículo 53: 07-07, 15-07, 24-07, 26-07, 34-07, 36-07, 46-07, 47-07, 59-07, 60-07, 64-07, 65-07, 66-07, 70-07, 71-07, 73-07, 90-07, 91-07, 103-07, 106-07, 107-07, 108-07, 109-07, 110-07, 127-07, 137-07, 139-07, 154-07, 155-07, 157-07, 166-07, 168-07.

7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la C.A. Región de Murcia.

Genérico: 66-07. Artículo 5: 22-07. Artículo 6: 15-07, 59-07. Artículo 9: 21-07, 91-07. Artículo 11: 46-07. Artículo 14: 22-07, 34-07, 46-07. Artículo 16: 02-07, 06-07, 31-07, 38-07, 39-07, 53-07, 84-07, 89-07, 96-07, 100-07, 106-07, 115-07, 119-07, 128-07, 137-07, 161-07, 164-07, 167-07, 168-07, 175-07. Artículo 20: 70-07. Artículo 23: 02-07, 36-07, 46-07, 95-07. Artículo 25: 11-07, 36-07, 90-07, 103-07, 127-07, 149-07. Artículo 28: 154-07. Artículo 33: 40-07, 45-07. Artículo 35: 46-07. Artículo 40: 21-07, 46-07, 144-07. Artículo 41: 46-07.

8/2004, de 28 de diciembre, de Medidas administrativas, tributarias, de tasas y de función pública.

Artículo 8: 15-07.

2/2005, de 11 de marzo, de Normas reguladoras de las Academias de la Región de Murcia.

Artículo 6: 66-07. Artículo 28: 155-07. Artículo 29: 155-07.

3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia.

Artículo 7: 71-07. Artículo 10: 91-07. Artículo 14: 91-07. Artículo 16: 91-07. Artículo 17: 91-07. Artículo 23: 91-07. Artículo 41: 47-07.

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

Artículo 6: 46-07. Artículo 15: 46-07.

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

Genérico: 21-07. Artículo 31: 40-07, 45-07. Artículo 45: 46-07.

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

Artículo 28: 95-07.

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

Artículo 6: 150-07. Artículo 12: 106-07. Artículo 23: 110-07. Artículo 29: 150-07. Artículo 55: 110-07.

6/2006, de 21 de julio, de Incremento de las Medidas de Ahorro y Conservación en el Consumo de Agua en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 17: 46-07.

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

Artículo 64: 73-07. Artículo 111: 95-07.

9/2006, de 23 de noviembre, Ley del Instituto de Fomento de la Región de Murcia.

Artículo 1: 22-07.

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

Artículo 28: 95-07.

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

Artículo 6: 60-07, 109-07, 135-07.

6/2007, de 4 de abril, Ley de Juventud de la Región de Murcia.

Artículo 40: 135-07. Artículo 46: 109-07.

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

Genérico: 91-07, 106-07, 155-07, 166-07. Artículo 30: 107-07.

15.- Decreto Legislativo

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

Genérico: 27-07, 36-07, 70-07, 73-07, 106-07, 149-07, 165-07. Artículo 9: 15-07, 110-07, 144-07. Artículo 12: 110-07. Artículo 13: 25-07. Artículo 22: 176-07. Artículo 25: 112-07. Artículo 35: 21-07. Artículo 48: 176-07. Artículo 49: 22-07. Artículo 57: 46-07. Artículo 93: 148-07.

1/2000, de 15 de diciembre, por el que se Aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación de Cuerpos y Escalas de la Administración Pública de la Región de Murcia.

Genérico: 150-07, 166-07. Artículo 1: 168-07.

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

Artículo 6: 46-07. Artículo 12: 34-07, 106-07. Artículo 13: 106-07. Artículo 19: 106-07. Artículo 27: 34-07. Artículo 37: 106-07. Artículo 43: 106-07. Artículo 50: 106-07. Artículo 51: 106-07. Artículo 52: 106-07. Artículo 58: 106-07. Artículo 62: 21-07. Artículo 65: 106-07. Artículo 68: 168-07. Artículo 72: 29-07, 58-07, 92-07, 180-07, 181-07. Artículo 73: 29-07, 58-07, 92-07, 180-07, 181-07. Artículo 75: 02-07, 26-07.

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

Genérico: 155-07. Artículo 21: 60-07, 109-07, 135-07. Artículo 25: 25-07. Artículo 31: 25-07.

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

Artículo 12: 25-07. Artículo 19: 25-07. Artículo 22: 07-07, 25-07. Artículo 23: 07-07. Artículo 24: 25-07. Artículo 25: 25-07. Artículo 29: 25-07. Artículo 30: 25-07. Artículo 42: 103-07. Artículo 65: 25-07. Artículo 74: 25-07. Artículo 83: 25-07. Artículo 111: 25-07. Artículo 214: 140-07. Artículo 217: 127-07. Artículo 223: 25-07, 103-07. Artículo 224: 25-07, 159-07. Artículo 232: 140-07. Artículo 243: 25-07. Artículo 255: 103-07. Artículo 257: 103-07. Artículo 258: 103-07. Artículo 259: 103-07.

17.- Decreto

115/1987, de 24 de diciembre, Reglamento de las Agencias de Viaje.

Genérico: 65-07.

46/1990, de 28 de junio, por el que se Aprueba el modelo y dicta normas para la aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo de funcionarios.

Artículo 4: 106-07.

48/1990, de 5 de julio, de Creación del Consejo Asesor Regional de Economía Social de la Región de Murcia.

Genérico: 73-07.

79/1990, de 5 de octubre, de Aplicación del complemento de productividad a funcionarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 1: 168-07.

100/1991, de 7 de noviembre, por el que se Modifica el Decreto 48/1990, de 5 julio 1990, de creación de Consejo Asesor de Economía Social de la Región de Murcia.

Genérico: 73-07.

1/1995, de 20 de enero, de Creación, composición y funciones del Consejo Asesor Regional de Consumo (C.A. de Murcia).

Genérico: 59-07.

5/1995, de 17 de febrero, de Estructura y funciones de los órganos de administración y gestión del Servicio Murciano de Salud.

Artículo 2: 60-07.

56/1996, de 24 de julio, de Creación y funcionamiento del Registro General de Convenios de la Comunidad Autónoma de Murcia.

Artículo 14: 148-07.

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

Genérico: 34-07. Artículo 46: 11-07, 25-07, 91-07, 106-07, 107-07, 108-07, 110-07, 155-07, 165-07, 168-07. Artículo 61: 36-07, 71-07.

1/1999, de 14 de enero, por el que se Crea el Consejo Técnico Consultivo en materia de Mujer.

Genérico: 26-07.

16/1999, de 22 de abril, de Vertidos de aguas residuales industriales al alcantarillado.

Genérico: 110-07.

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

Artículo 17: 17-07. Artículo 33: 148-07, 176-07.

112/2000, de 15 de septiembre, por el que se Crea el Consejo Técnico Consultivo de Telecomunicaciones.

Genérico: 157-07.

13/2001, de 2 de febrero, por el que se Crea la Comisión Regional para la Seguridad Alimentaria.

Genérico: 95-07.

48/2002, de 1 de febrero, de Modificación del Decreto 81/1994, de 4-11-1994, de procedimiento para la formulación de propuestas de adopción y del Decreto 66/1997, de 12-9-1997, sobre acreditación y..

Genérico: 149-07.

90/2002, de 24 de mayo, por el que se aprueba los Estatutos de la Entidad de Saneamiento y Depuración de la Región de Murcia.

Artículo 14: 110-07.

102/2002, de 14 de junio, de Aprueba el Reglamento del Régimen Económico-financiero tributario, del canon de saneamiento de la Región de Murcia.

Genérico: 110-07.

112/2002, de 13 de septiembre, por el que se Establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Artículo 16: 108-07.

137/2002, de 29 de noviembre, por el que se Crea los precios públicos a aplicar por los centros dependientes del Servicio Murciano de Salud, a las asistencias prestadas en los supuestos...

Genérico: 60-07.

148/2002, de 27 de diciembre, por el que se Establece la estructura y funciones de los órganos de participación, administración y gestión del Servicio Murciano de Salud de la Región de Murcia.

Artículo 5: 11-07. Artículo 8: 51-07, 86-07.

25/2003, de 4 de abril, por el que se Crea la Comisión Interdepartamental de Ciencia, Tecnología y Sociedad de la Información.

Genérico: 22-07.

34/2003, de 11 de abril, por el que se Regula la composición y Organización del Consejo de Museos de la Región de Murcia.

Genérico: 66-07.

48/2003, de 23 de mayo, por el que se Aprueba el Plan de los Residuos Urbanos y de Residuos No Peligrosos de la Región de Murcia.

Genérico: 12-07.

150/2003, de 25 de julio, de Régimen jurídico y retributivo del personal docente e investigador contratado de las Universidades Públicas de la Región de Murcia.

Genérico: 47-07.

152/2003, de 1 de agosto, por el que se Crea la Comisión Delegada del Consejo de Gobierno para las políticas públicas en materia de mujer.

Genérico: 26-07.

17/2004, de 27 de febrero, por el que se Regula los plazos máximos para dictar y notificar resolución expresa en determinados procedimientos administrativos.

Genérico: 25-07.

26/2004, de 26 de marzo, por el que se Modifica el Decreto 119/2002, de 4-10-2002, por el que se configuran las opciones correspondientes a las categorías del personal estatutario del SMS.

Genérico: 11-07.

38/2004, de 23 de abril, por el que se Regula los procedimientos específicos de integración del personal laboral fijo y funcionario de carrera del SMS en las categorías estatutarias.

Artículo 6: 11-07.

57/2004, de 18 de junio, por el que se Aprueban las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia.

Genérico: 07-07. Artículo 8: 24-07. Artículo 24: 24-07.

60/2004, de 28 de junio, de Reorganización de la Administración Pública Regional.

Genérico: 90-07.

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

Genérico: 166-07.

30/2005, de 17 de marzo, por el que se Crea y regula el Consejo Asesor Regional contra la Violencia sobre la Mujer.

Genérico: 26-07.

42/2005, de 6 de mayo, por el que se Establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes.

Artículo 10: 70-07.

53/2005, de 13 de mayo, por el que se Establece los Órganos Directivos de la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas.

Artículo 1: 21-07.

75/2005, de 24 de junio, por el que se Regula los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales.

Genérico: 95-07.

91/2005, de 22 de julio, por el que se Regula los establecimientos hoteleros en la Región de Murcia.

Artículo 9: 95-07.

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

Artículo 49: 30-07. Artículo 51: 30-07.

137/2005, de 9 de diciembre, por el que se Desarrolla parcialmente la Ley 5/1996, de 30-7-1996, de Museos de la Región de Murcia.

Genérico: 66-07.

1/2006, de 13 de enero, por el que se Regula la creación del registro de Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

Genérico: 95-07.

25/2006, de 31 de marzo, por el que se Desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas de acceso a las prestaciones...

Artículo 5: 147-07.

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

Genérico: 119-07.

46/2006, de 28 de abril, por el que Regula la Acreditación y Funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional y las Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar.

Genérico: 149-07.

75/2006, de 5 de mayo, Modificación parcial del Decreto 53/2005, de 13-5-2005, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas.

Genérico: 157-07.

102/2006, de 8 de junio, por el que se Aprueba las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Suelo Industrial de la Región de Murcia.

Artículo 38: 24-07.

97/2007, de 18 de mayo, por el que se regula la concesión directa de una subvención al Consorcio Turístico Desfiladero de Almadenes para el

Genérico: 148-07.

100/2007, de 25 de mayo, por el que se Regula las agencias de viaje y centrales de reserva.

Artículo 9: 90-07.

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

Genérico: 128-07, 157-07.

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

Genérico: 166-07.

160/2007, de 6 de julio, por el que se Establece los Órganos Directivos de la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes.

Genérico: 135-07. Artículo 1: 109-07.

161/2007, de 6 de julio, por el que Establece los Órganos Directivos de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio.

Artículo 6: 127-07.

280/2007, de 3 agosto, por el que se Regula los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.

Genérico: 127-07.

19.- Orden

9 de mayo de 2003, por la que se Regula el procedimiento general para el pago y presentación telemática de declaraciones.

Artículo 6: 15-07.

9 de septiembre de 2004, Relativa a la modificación puntual de las normas de planeamiento de Fortuna para reclasificar como suelo urbanizable residencial terrenos en Las Lamparillas.

Genérico: 17-07.

11 de febrero de 2005, por el que se Crea el Consejo Asesor Regional de la Mujer.

Genérico: 26-07.

2 de febrero de 2006, por el que se Establece el plazo de admisión de alumnos, para el curso 2006-2007, en Centros de Enseñanzas Escolares de Régimen General sostenidos con Fondos Públicos.

Genérico: 154-07.

16 de marzo de 2006, Regula los supuestos, condiciones y requisitos para la gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Genérico: 15-07.

19 de octubre de 2006, Aprueba el Modelo F01. Fichas Notariales. Declaración informativa a efectos tributarios, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para su presentación.

Genérico: 15-07.

V. Dictámenes del año 2007

DICTAMEN 01/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. E. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 04/01/07

Extracto de Doctrina

La información que se suministra a la paciente previa a la intervención quirúrgica puede hacer referencia a los riesgos típicos de la intervención (inherentes o previsibles), pero no respecto a los riesgos atípicos, infrecuentes o imprevisibles.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2004, D. A. M. E. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes hechos:

En octubre de 2000 fue intervenida en el Hospital Morales Meseguer de Murcia por “un atrapamiento cubital de codo izquierdo”, mediante la técnica de epitroclectomía.

Manifiesta que no se le informó de los posibles riesgos, ni firmó el consentimiento informado relativo a la intervención quirúrgica, aunque sí el de anestesia.

Al mes de la intervención inició la rehabilitación, empezando un dolor intenso, quemante, por lo que los facultativos que le intervinieron prescribieron tratamiento con calcio, y ante la sospecha de una distrofia simpático refleja, le remitieron a la Unidad del Dolor, donde comenzó tratamiento con antiepilépticos, calcio, betabloqueantes y bloqueos regionales intravenosos que no fueron efectivos.

Además manifiesta que el tratamiento le provocó daños en los dos nervios óticos, siendo diagnosticada de hipoacusia neurosensorial bilateral, de 40 decibelios en el oído derecho y 55 en el izquierdo.

Desde la Unidad del Dolor del Hospital Morales Meseguer le remiten a la del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde confirman el diagnóstico de CRPS tipo II postcirugía de MSI, y le cambian el tratamiento.

Ante la ineffectividad de dicho tratamiento, plantean la posibilidad de implantarle un estimulador de cordones posteriores, que se llevará a cabo en el Hospital General de Valencia, junto con el seguimiento, al ser éste su lugar de residencia.

La paciente manifiesta que los últimos controles continúan con el juicio diagnóstico de síndrome de dolor regional complejo tipo I (distrofia simpático refleja) sin que se aporten soluciones a su problema.

Imputa las secuelas que padece (incapacidad del 33% y descenso en la calidad de vida al sufrir grandes dolores, sin poder realizar esfuerzos, ni dormir, vómitos por la medicación, atención psicológica, etc.) a la intervención quirúrgica practicada en el año 2000, ya que presume que fueron debidas a una mala praxis, aunque nadie le ha informado nunca las razones y, en realidad, qué ocurrió en la intervención. También considera que si se realizaron

con ella ensayos clínicos de medicamentos no se cumplieron los protocolos, y tras relatar los conceptos por los que debe ser indemnizada, sin concretar la cuantía que determinará *a posteriori*, concluye en que se recaben los historiales clínicos en los distintos hospitales e informes médicos que aclaren las causas de la distrofia que padece y su posible solución, y si algunos de los medicamentos suministrados pudo influir o afectar a su sordera.

Finalmente acompaña los documentos que enumera del 1 al 25 (folios 7 a 76).

SEGUNDO.- Con fecha 9 de septiembre de 2004 se dictó resolución de admisión a trámite por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud, la cual se notificó a la reclamante el 16 siguiente.

TERCERO.- Asimismo el 16 de septiembre de 2004 (registro de salida) se notificó la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria, así como a la compañía aseguradora a través de la correduría de seguros. En esa misma fecha se solicita a los Hospitales Morales Meseguer y Virgen de la Arrixaca la remisión de copia de la historia clínica, informes de los profesionales que trataron a la paciente, así como información sobre el protocolo de actuación en esos casos, y el parecer de un facultativo distinto del que trató a aquella acerca del origen y consecuencias de las lesiones sufridas.

Asimismo, se pide el historial a los Hospitales General Universitario de Valencia y A. V., así como los informes de los profesionales intervinientes.

CUARTO.- Consta la historia clínica de la paciente en los hospitales de la Comunidad Valenciana precitados, destacándose el informe clínico de la Dra. A. M., de 15 de octubre de 2004, del Hospital A. V., por cuanto también contiene actuaciones previas a la intervención practicada en octubre del 2000:

“Paciente de 32 años, enfermera de nuestro Hospital y que según consta en la historia clínica fue visitada por primera vez en nuestra consulta externa el 3 de julio de 2000, remitida desde Cirugía Ortopédica y Traumatología con el diagnóstico de epitrocleitis en codo izquierdo, se le había practicado una RMN del codo que se informaba como normal.

Evolución: Se pautaron 10 sesiones de U.S. sin mejoría. Se solicitó el día 10-8-00 un estudio electromiográfico.

La paciente no volvió a nuestra consulta hasta el día 1-12-00. Acude con una propuesta de interconsulta, del Servicio de COT del Hospital Morales Meseguer para el Servicio de Rehabilitación que la paciente prefiere realizar en nuestro hospital por residir habitualmente en Valencia. Había sido intervenida por una neuropatía del n. cubital izquierdo en el codo.

En la visita del día 22-12-00 la paciente refería desde hacía unos días dolor en codo, con aumento de partes blandas y que había mejorado con AINES, se solicitó nueva RMN del codo y que solicitara cita con el cirujano. El día 5-1-01 la enferma nos refiere que el especialista en COT sospecha de una distrofia simpático refleja y que le habían remitido a la Unidad del dolor. La RMN que se practicó en diciembre se informó sin hallazgo de significación patológica.

La paciente siguió tratamiento en nuestro Servicio de forma continua hasta finales de junio del 01, y luego en otros periodos discontinuos, como tratamiento coadyuvante en la analgesia con TENS y evitar la posible afectación articular y paliar la atrofia muscular.

Desde el día 4-3-03 acude a la consulta por dolor en la zona epicondilar de unos días de evolución. En la historia clínica no constan otras visitas posteriores”.

También resulta de interés reproducir el emitido por el Dr. C. V. del mismo Hospital que relata lo siguiente:

“En los datos existentes en la historia clínica consta que la paciente de referencia acudió a la consulta del centro de especialidades de B. en mayo del 2000 y al servicio de urgencias del Hospital en agosto de 2000, por aparente tumefacción en cara anterior de codo izquierdo y signos clínicos de neuropatía cubital izquierda.

Como datos complementarios el 12 de mayo de 2000 se realizó una RM de codo izquierdo que no mostró alteraciones en la articulación del codo, y el 26/12/2000 una nueva exploración RM tampoco mostró alteraciones de significación patológica en el codo, tanto en sus estructuras articulares como en las musculares, subcutáneo y nervio cubital. No ha realizado tratamiento en este servicio.

En noviembre de 2003 se solicitó una gammagrafía para completar el diagnóstico actual de algodistrofia refleja de miembro superior izquierdo.

El diagnóstico original es: epitrocleitis codo izquierdo con neuropatía cubital compresiva.”

QUINTO.- El Hospital Morales Meseguer remite la historia clínica acompañando los diversos informes solicitados, entre los que figura el emitido el 2 de noviembre de 2004, por el Dr. D. E. G. R., quien realizó la intervención a la paciente:

“Veo a la paciente A. E. G., enfermera de quirófano de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, en consultas externas de Ortopedia el 19 de septiembre de 2000.

Aquejaba dolor en codo y antebrazo izquierdos desde abril de este año con empeoramiento nocturno. Luego refiere adormecimiento en 4º y 5º dedos de la mano izquierda. Además expresa su preocupación por la aparición de un bulto en la cara anterointerna del codo izquierdo. Refería estar tomando Neurontin y Rivotril en relación con el problema que consultaba.

A la exploración bultoma en cara anterointerna de codo izquierdo de márgenes poco delimitados, doloroso a la palpación (...)

Aportaba el informe electromiográfico de fecha 6-9-00 que revelaba caída de la amplitud y velocidad de conducción motora del nervio cubital a su paso por el codo izquierdo. Discreta caída de la amplitud sensitiva del nervio cubital izquierdo. Signos de atrapamiento del nervio cubital izquierdo a través del codo.

Solicité ecografía de partes blandas para descartar patología asociada al atrapamiento (sinovitis, ganglión, tumoración, etc.) que se realiza ese mismo día 19-9-00 en el que no se identifica lesión alguna (Dr. M., folio 61).

Dada la preocupación de la paciente por el bultoma de la cara anterointerna del codo solicité Resonancia Magnética Nuclear, que se realiza el 26-9-00 e informa como sin alteraciones significativas (Dr. G., folio 2).

El hecho de no existir anotación en mi historia clínica de este resultado ni de la propuesta quirúrgica me hace pensar que, dada la accesibilidad que la paciente tenía, al ser enfermera del hospital, yo vería la RMN fuera del horario de consulta y comentaría la in-

tervención a realizar con ella. Esto explicaría la ausencia del documento de consentimiento informado y el hecho de que no fui yo quien solicitó el preoperatorio ni la interconsulta a preanestesia, sino ella directamente aprovechando su condición de enfermera del hospital. No obstante, es norma habitual en mi actuación el explicar verbalmente a los pacientes el padecimiento, la intervención y los riesgos de la intervención, así como los que afrontan de no intervenir.

Se intervino el 5/10/00 por mí, ayudado por el Dr. S. (quien rellenó el protocolo quirúrgico) bajo los efectos de la anestesia regional endovenosa (Dra. B.). Se practicó incisión sobre la epitroclea, liberación del nervio y epitrocleotomía, sin incidencia destacable. La decisión sobre la técnica se realizó porque el bultoma doloroso resultó ser la epitroclea y por la buena experiencia que yo tenía con esta técnica en otros pacientes, coincidente con varias publicaciones de literatura médica.

(...)

Es dada de alta hospitalaria el 6-10-00 sin reflejar incidencias en el informe de alta (Dr. U., folio 7).

Veo de nuevo a la paciente en consultas externas el 14-11-00, en la que me refiere mejoría en la sensación dolorosa respecto al preoperatorio, manteniendo hipoestesia en la zona cubital del antebrazo, no así en la mano. Debido a la amiotrofia del flexor carpi ulnaris y de la discreta hipotrofia hipotecar (no así en la primera comisura ni en interóseos) remito a la paciente a Rehabilitación (también al servicio de alergias) y convengo solicitar estudio electromiográfico en un mes.

En la siguiente ocasión en que veo a la paciente (10-1-01) me refiere que coincidiendo con el comienzo de la RHB hacía unos días había presentado dolor difuso en antebrazo y mano, sin distribución típica ni carácter agudo, sino más bien sordo. Sospechando el inicio de un cuadro de distrofia simpático refleja pongo tratamiento con calcitonina y calcio y remito a la Unidad de Dolor (10-1-01) para confirmación del diagnóstico de sospecha y tratamiento específico. Con esta fecha realizo informe clínico.

Desde entonces no vuelvo a ver a la paciente, no acude más a revisiones ni me comenta directamente su estado, teniendo alguna noticia de su evolución por el Dr. B. (U.Dolor). No obstante me sorprende que yo no haya tenido noticias de tan desgraciada evolución cuando ella confió en mí para el tratamiento inicial de su lesión.

Debo destacar que en todo momento he actuado con la máxima diligencia para el tratamiento de esta paciente y que he puesto de mi parte conocimientos, experiencia, habilidades y medios para su tratamiento siguiendo el tratamiento terapéutico habitual que sigo en casos como el suyo. Creo que ello se refleja en la mejoría clínica postoperatoria inmediata así como electromiográfica respecto al estudio previo de la conducción cubital a través del codo (75m/s) con normalización de la amplitud y la normalidad de la conducción del nervio cubital sensitivo (Dr. O. 12-1-01). La abolición de la respuesta simpático cutánea está en relación con el cuadro de distrofia simpático refleja que parece desarrolló casi 2 meses después de la intervención.

Lamento profundamente el estado en que refiere encontrarse, difícilmente previsible de ocurrir tras el diagnóstico y tratamiento por el que yo la intervine”.

También obra el parecer del Dr. J. R. R., Jefe de Servicio de COT del Hospital Morales Meseguer, en cumplimiento de lo solicitado por la reclamante sobre su petición de que in-

formara otro facultativo acerca de las causas de su enfermedad (folios 204 a 206), en el que, tras destacar las ventajas de la técnica utilizada con la paciente, recomendada por tratados clásicos de la especialidad, y que en el caso de ella se consiguió una correcta liberación del nervio, explica el cuadro de la distrofia simpático refleja (DSR), algiodistrofia o síndrome de dolor regional complejo, cuyos límites todavía no están claramente definidos y cuya patogenia es desconocida. Concluye que las características distintivas más importantes de la DSR es que el dolor, inflamación, rigidez, decoloración, osteoporosis, y disfunción son mucho mayores de las que podrían esperarse del traumatismo o enfermedad desencadenante inicial, y que no se conocen medios para evitar su desarrollo, ni para detectar “a priori” los pacientes que van a padecerla.

SEXTO.- Solicitado informe de la Inspección Médica, es emitido el 25 de agosto de 2005 en el siguiente sentido:

“1.- La Epitrocleotomía es una técnica ampliamente utilizada y uno de los métodos más efectivos para el tratamiento de la descompresión del nervio cubital en el codo. Técnica que además fue correctamente realizada consiguiéndose la liberación nerviosa y la normalidad en la conducción, demostrado en el trazado del EMG.

2.- La Distrofia Simpático Refleja es una entidad clínica de etiología y patogenia desconocida y en la que es difícil establecer en muchos casos la relación causa efecto. Su aparición en el mes de Diciembre, durante la realización del tratamiento RHB (en el Hospital A. V.) podría estar también relacionada con su inicio y no sólo con la intervención quirúrgica que se realizó el 5/10/00. Otras condiciones descritas en la bibliografía deben estar presentes: una predisposición o susceptibilidad (características de personalidad y psicosociales especiales), unos reflejos simpáticos anormales, etc.).

3.- En el derecho a indemnización de los particulares por la Administración Pública queda reflejado como “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos...” (Art. 141.2 LRJAPPAC).

4.- En relación al Consentimiento Informado si lo consideramos como el procedimiento formal para asegurar el principio de autonomía, entendiéndola ésta, como la capacidad de una persona para decidir por ella misma, queda claramente demostrada esta autonomía y por tanto el consentimiento de la reclamante que aporta exploraciones complementarias diagnósticas de un centro, habiendo realizado previamente tratamientos, se interviene en otro hospital, aportando igualmente el preoperatorio de otro centro, realiza la RHB en el primero, y continúa durante la asistencia sanitaria eligiendo un centro u otro, tanto para realización de exploraciones, como para realización de tratamientos.

5.- La información que, como regla general, se proporciona verbalmente comprende como mínimo la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Estos riesgos son los probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o los directamente relacionados con el tipo de intervención, es el carácter de imprevisible en la Distrofia Simpático Refleja y su escasa prevalencia lo que justifica su no inclusión entre los riesgos a informar”.

SÉPTIMO.- La reclamante presenta escrito de alegaciones el 27 de enero de 2006 (Delegación de Gobierno en Valencia), tras el trámite de audiencia otorgado, manifestando su desacuerdo con el informe de la Inspección Médica, pues considera que no fue informada

de los riesgos de la intervención, sin que sirva de excusa para ello el hecho de ser enfermera puesto que su titulación no conlleva los conocimientos médicos necesarios para ser consciente de los riesgos de la intervención a la que fue sometida. Tampoco fue informada de los riesgos que podía conllevar el tratamiento de la Unidad del Dolor del Hospital Morales Meseguer, que seguramente le ha provocado una pérdida de audición, como se desprende del informe del Jefe de Servicio de ORL del Hospital A. V. de Valencia. También manifiesta que no son ciertos los hechos relatados por la Inspectora que por ser enfermera tuviera accesibilidad fuera de los horarios de consulta, ni fuera consentida por los compañeros la ausencia del consentimiento escrito a la hora de verificación del protocolo de preparación de la paciente a quirófano, pues sostiene que no se saltó ningún trámite, y que le hicieron las pruebas necesarias preoperatorias en el Hospital A. V. de Valencia, firmando el consentimiento informado para la anestesia y acudiendo a consulta en los horarios normales y con cita, como cualquier otro paciente.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 9 de abril de 2006, concluye que de la prueba practicada y de los informes médicos aportados en el expediente se infiere que la intervención fue conforme a la *lex artis*, y la lesión que padece la reclamante (distrofia simpática refleja) no tiene causa directa en la intervención, ni se trataba de un riesgo típico inherente o asociado a la misma, según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica y, por lo tanto, no era posible haber informado a la paciente de su posible aparición. También que no ha quedado acreditado el nexo causal entre las lesiones óticas que sufre la paciente y el tratamiento seguido tras la intervención.

NOVENO.- Con fecha 3 de mayo de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Plazo para reclamar, legitimación y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quien ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción, por su condición de usuaria de un hospital público que se considera perjudicada por la praxis médica aplicada a su dolencia, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional a través del Servicio Murciano de Salud, al que se encuentra actualmente adscrito el centro sanitario donde se efectuó la intervención, aunque en aquella época dependiera de la Administración General del Estado, a tenor de la doctrina expresada por el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 65/2002).

Respecto al requisito temporal, la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año que la ley concede para que el perjudicado deduzca la reclamación ante la Administración, puesto que, según el artículo 142.5 LPAC, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, aportándose un informe de 30 de septiembre de 2003 (folio 33) de un facultativo de la Unidad de Dolor del Hospital General Universitario de Valencia, donde siguió tratamiento la paciente desde abril de 2002 remitida por el servicio de anestesia, que refiere que se le implantó un estimulador cervical de cordones posteriores el 5 de septiembre de 2003, mediante técnica epidural percutánea, y que se mantiene seguimiento crónico, con el juicio diagnóstico de síndrome de dolor regional complejo.

Por último, en la tramitación del procedimiento se advierte que se ha seguido en líneas generales el establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, sin que se aprecien carencias formales esenciales, a excepción del plazo máximo para resolver (artículo 13.3 RRP). No obstante, en cuanto a los medios de prueba, ha faltado que determinadas imputaciones que realiza la reclamante en términos desprovistos de certeza (“supongo que debido a una mala praxis”), fueran acompañadas de los correspondientes medios de prueba, por ejemplo, a través de la oportuna prueba pericial, una vez que la instructora, en cumplimiento de su petición, recabara el informe de un profesional distinto al que la intervino para que explicara las causas de la distrofia que padece y su posible solución. Por tanto el principio de la distribución de la carga de la prueba va a ser determinante en la resolución del presente supuesto, incumbiendo a la parte reclamante la carga de probar la relación de causalidad (artículo 217 LEC), y a la Administración, negada por la paciente la información previa a la intervención quirúrgica, que suministró la información adecuada a la misma, al no constar por escrito el consentimiento informado, de acuerdo con nuestra doctrina, expresada, entre otros, en el Dictamen núm. 130/06: *“Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara que “la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”*.

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

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados

por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Como puede advertirse, los criterios bajo los que debe ser enjuiciada la actuación médica son de índole estrictamente técnica. Ello supone que las consideraciones que puede realizar este Consejo Jurídico en casos como el presente han de limitarse al enjuiciamiento de los presupuestos y requisitos, de índole estrictamente jurídica, que deben concurrir en la actividad probatoria para que pueda concluirse la acreditación de la infracción de la referida *lex artis* o, lo que es lo mismo, en la existencia de una mala *praxis* médica (Dictamen 3/2004).

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Pese a que en su escrito de reclamación la interesada no está segura de las causas de su enfermedad (distrofia simpático refleja), señalando que “supongo que debido a una mala *praxis*, pero nadie me ha informado nunca a qué son debidas en realidad (...)”, tres son básicamente sus imputaciones al servicio público sanitario: la intervención quirúrgica no fue correcta; falta de información, pues no firmó el consentimiento informado para la intervención quirúrgica, y, por último, que si se realizaron con ella ensayos clínicos se deberían haber cumplido los protocolos correspondientes, entre ellos el del consentimiento informado escrito.

1ª) Sobre la *praxis* médica en la intervención quirúrgica practicada.

El Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que no ha quedado acreditado en el expediente que la intervención quirúrgica realizada a la interesada el 5 de octubre del 2000 no fuera la indicada, ni que se realizara con infracción de la *lex artis* atendiendo a las diversas opiniones de los profesionales de la medicina obrantes en el expediente, comprobado electromiográficamente.

A este respecto conviene partir de la conclusión alcanzada por la Inspectora Médica: “La epitroclectomía es una técnica ampliamente utilizada y uno de los métodos más efectivos para el tratamiento de la descompresión del nervio cubital en el codo. Técnica que además fue correctamente realizada consiguiéndose la liberación nerviosa y la normalidad de la conducción demostrado en el trazado del EMG”.

Dicho parecer se comprueba en la electromiografía realizada el 12 de enero de 2001, por el Servicio de Neurofisiología del Hospital A. V. de Valencia, cuyo informe clínico señala (folio 10):

“Con respecto a estudio previo de fecha 4 de septiembre de 2000 se aprecia mejoría de conducción cubital a través de codo (75m/s) con normalización de la amplitud”.

Coincide en este juicio el Dr. J. R. R., Jefe de Servicio de COT del Hospital Morales Meseguer, en cumplimiento de lo solicitado por la reclamante sobre una opinión ajena al profesional interviniente, en el que destaca las ventajas de la técnica utilizada, de elección para muchos traumatólogos, y recomendada por tratados clásicos de la especialidad, y que en el caso de la paciente, logró conseguir una correcta liberación del nervio.

Respecto al desarrollo del cuadro de distrofia simpático refleja (síndrome de dolor regional complejo) diagnosticado a la paciente, que se inicia casi dos meses después de la intervención cuando comienza la rehabilitación según refiere la historia clínica (folios 201, 203, 217, 312), los citados profesionales coinciden en que se trata “de una entidad clínica de etiología y patogenia desconocida”. Prueba de ello es que el equipo de valoración y orientación del centro base de Valencia perteneciente a la Consejería de Bienestar Social de aquella Comunidad Autónoma, en su informe sobre el grado de discapacidad de la paciente de 10 de octubre de 2001, resuelve que la limitación funcional del 33% que presenta es de etiología no filiada (folio 38).

Frente a las opiniones de los profesionales de la medicina vertidas en el expediente, la reclamante se limita a aseverar que las secuelas pudieron deberse a una mala praxis médica, sin que tales manifestaciones vayan acompañadas de los correspondientes medios probatorios, como ya se ha indicado.

Por tanto, no se ha acreditado que la técnica empleada no fuera acorde con la *lex artis ad hoc*, y la distrofia simpático refleja diagnosticada a la paciente, de etiología desconocida, puede considerarse como una complicación no evitable por parte del cirujano, según el parecer de los facultativos anteriormente indicados (folios 206 y 312), ya que, de acuerdo con la bibliografía consultada, pese a existir poca evidencia científica sobre su etiología y patogenia, parece ser necesario que en el desarrollo del cuadro concurren circunstancias ajenas a su control (folio 205):

- Lesión dolorosa persistente, que puede no ser un gran traumatismo, sino algo insignificante. A veces puede ser una lesión visceral, una isquemia, una artritis, tenovitis estenosante o atrapamiento nervioso.
- Diatesis (predisposición, susceptibilidad).
- Reflejos simpáticos anormales tras la lesión de la extremidad.

A este respecto, como recuerda la Inspección Médica, el artículo 141.1 LPAC señala que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia.

2ª) Falta de consentimiento informado escrito.

La reclamante manifiesta que no se le informó de los posibles riesgos, ni firmó el consentimiento informado para la intervención quirúrgica. Añade que lo único que firmó fue el consentimiento informado para la anestesia. Por el contrario, para la instructora del

expediente queda claramente demostrada en la historia clínica la existencia de información verbal y del consentimiento de la paciente a la intervención quirúrgica.

Es un criterio jurisprudencial consolidado (por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2000, de 26 de noviembre de 2004 y de 9 de mayo de 2005) que el derecho de información que ostenta el paciente deriva del principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* en tanto que debe constituir un acto clínico más.

La plasmación normativa de este principio se encontraba, en la fecha en que se producen los hechos de los que deriva la reclamación, en los apartados 5 y 6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que establecían el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (artículo 10.5) y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo diversas excepciones que no son de aplicación en el supuesto analizado. Hoy su regulación ha sido sustituida por los Capítulos II y IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

En definitiva, ante una intervención médica que en lo técnico es conforme con la *lex artis* pero en la que se ha producido un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible, la ausencia de consentimiento informado supondría trasladar al médico la responsabilidad por el resultado dañoso sufrido por el paciente, determinando que la lesión derivada de un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, de forma que, por no haber mediado esa información, el paciente no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Advertida la importancia de la información en la relación médico-paciente, resulta necesario a continuación abordar el problema de su prueba. Respecto del consentimiento informado y dado que a la fecha de la intervención (5 de octubre de 2000) estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestarlo, resulta evidente que el medio de prueba ordinario será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación. En el presente caso, figura en el historial que la paciente prestó su consentimiento por escrito a que le aplicaran anestesia local regional, y general si fuera necesario (folios 253 y 255). Por el contrario, no consta firmado el consentimiento informado para la intervención quirúrgica, lo que constató el protocolo de preparación del paciente quirúrgico (folio 265).

Ahora bien, como ha sostenido el Consejo Jurídico (por todos Dictámenes núms. 39/2001 y 130/2006) la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si puede probarse por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. Sin embargo, en tal caso, es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara que *“la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la*

Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

Veamos qué datos contiene la historia clínica que evidencie la existencia de información suficiente por parte de la paciente:

a) La paciente es enfermera de profesión, y con anterioridad a la intervención de 5 de octubre de 2000 en el Hospital Morales Meseguer venía realizándose pruebas en su hospital de procedencia (A. V. de Valencia), aquejada de dolor en codo y antebrazo izquierdo desde abril con empeoramiento nocturno, y luego adormecimiento en 4º y 5º dedos en la mano izquierda (folio 202), habiendo sido diagnosticada de epitrocleitis codo izquierdo con neuropatía cubital comprensiva. Se le habían aplicado tratamientos médicos de tipo conservador (rehabilitación), que no dieron resultado (folio 168 reverso). Incluso fue ella misma, cuando visitó el 19 de septiembre de 2000 consultas externas del Hospital Morales Meseguer, quien aportó el informe electromiográfico, de 6 de septiembre anterior, al facultativo que la intervendría (era enfermera de quirófano del citado Hospital, según se refiere en el folio 202). También expresa dicho facultativo que, dada la preocupación de la paciente por el bultoma de la cara anteriorinterna del codo, solicitó RMN, que se realizó el 26 de septiembre e informó sin alteraciones significativas. Los anteriores datos revelan que la paciente había estado en tratamiento en el hospital de procedencia, y que había fracasado la rehabilitación previa, antes de decidirse por la intervención quirúrgica. Que conocía la técnica que le practicaron en el Hospital Morales Meseguer es evidente por cuanto la describe en la historia clínica (folio 177), cuando es remitida para rehabilitación al Hospital A. de V. el 1 de diciembre de 2000:

“remitida después de liberación del N. cubital en el canal retropitroclear el día 5-X-00. Desconocemos informe de la cirugía.

La enferma refiere que se le hizo una (...) epitróclea”.

b) Según refiere el médico que la intervino (folio 201), no cuestionado por la reclamante en el trámite de audiencia, pese a disponer de su copia tras la comparecencia que realizó en las dependencias del órgano instructor (folio 322), fue la interesada, por su condición de enfermera del hospital, quien solicitó el preoperatorio y la interconsulta de preanestesia.

c) Precisamente su condición de enfermera de quirófano explicaría, además de la rapidez con la que se le realizaron las pruebas y la propia intervención, que los compañeros, cuando detectaron la falta de consentimiento informado escrito por parte de la interesada en la verificación del protocolo de preparación quirúrgico, cuya ausencia marcaron con una x, no la exigieran en aquel momento llevados presumiblemente por la confianza en la paciente.

Las actuaciones descritas conducen al Consejo Jurídico a considerar, al igual que la Inspección Médica y la propuesta de resolución, que la paciente tuvo información de la técnica que se le aplicó, como afirma el médico que la intervino.

Alcanzada esta primera conclusión, cabría interrogarse sobre si la información fue suficiente al no informarle del cuadro que padece la reclamante (distrofia simpático refleja). Sin embargo, de los informes médicos obrantes en el expediente se desprende que no se trata de un riesgo típico inherente o asociado a la misma, según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica y, por lo tanto, no era posible haber informado a la paciente

de su posible aparición. Así concluye la Inspectora (“el carácter imprevisible y su escasa prevalencia justifican su no inclusión entre los riesgos a informar”), y el Dr. R., ya citado, que manifiesta que no se conocen medios para evitar su desarrollo, ni para detectar “a priori” los pacientes que van a padecerla, considerándola una complicación no evitable por parte del cirujano.

Por tanto, la información que se suministra a la paciente previa a la intervención quirúrgica puede hacer referencia a los riesgos típicos de la intervención (inherentes o previsibles), pero no respecto a los riesgos atípicos, infrecuentes o imprevisibles, como reconoce la STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 1998: *“como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”*.

Por las razones expuestas, el Consejo Jurídico coincide con la Inspección Médica en que en el presente caso no se ha conculcado el derecho de autodeterminación de la paciente, estrechamente relacionado con el consentimiento informado (STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000), por lo que tampoco puede estimarse concurrente el título de atribución de responsabilidad que resultaría del defectuoso cumplimiento del deber de informar al paciente y de obtener su libre consentimiento.

3ª) Incumplimiento de la normativa sobre ensayos clínicos, que le ha producido secuelas, sin que se recabara el consentimiento informado por escrito de la paciente.

La tercera imputación se contrae a que el tratamiento que se le instauró a la paciente en la Unidad del Dolor del Hospital Morales Meseguer le provocó una sordera del 50% teniendo necrosados los dos nervios óticos, aunque precisa que desconoce qué parte del tratamiento se lo provocó, infringiendo del informe evacuado por dicha Unidad (folio 16) que la medicación aplicada fue un ensayo, sin que se recabara el consentimiento informado por escrito.

Sin embargo, el Dr. D. E. B. R. de la Unidad de Tratamiento del Dolor, aclara que la palabra “ensayado” que se utiliza en aquel informe es sinónimo de “utilizado”, como se desprende de su lectura, y añade: *“Por supuesto la paciente no estuvo sometida jamás a ningún ensayo clínico, que naturalmente necesita el consentimiento por escrito de la paciente”*. Además emite un parecer muy concluyente sobre si algunos de los medicamentos utilizados en aquella Unidad pudo producirla: *“desconozco por completo el origen de la sordera a la que se refiere la demanda, no existiendo en la literatura médica ninguna referencia que relacione ninguno de los medicamentos empleados en esta paciente, ni a las dosis usadas ni a dosis superiores, con la posibilidad de provocar dicho efecto colateral”*.

En el informe del Equipo de Valoración de Valencia sobre la minusvalía, de 10 de octubre de 2001, ya citado, se refleja expresamente que la hipoacusia media que presenta, por pérdida neurosensorial de oído, es de etiología no filiada.

Tampoco consigue la reclamante desvirtuar tal parecer con la referencia al informe emitido el 5 de octubre de 2004 por el Jefe de Servicio de ORL del Hospital A. V., Dr. M. F., como recoge la propuesta de resolución, pues refiere lo siguiente:

“En el historial no hay ninguna anotación clínica, sólo los audiogramas, y éstos sin otro contexto, sugieren un trauma acústico”.

Por último, la Inspección Médica también reitera que ninguno de los tratamientos empleados, ni las dosis utilizadas (ni aún las superiores) tienen la posibilidad de provocar dicho efecto.

Por último, la reclamante, a quien incumbe, no ha concretado el *quantum* indemnizatorio, lo que aboca también a la desestimación de la acción de reclamación, cuando había sostenido en su escrito inicial que se concretaría *a posteriori*.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 02/07.- Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de los Deportistas de Alto Rendimiento de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Presidencia

Fecha: 04/01/07

Extracto de Doctrina

1. *La jurisprudencia viene incorporando como deberes inexcusables de carácter público o personal, cuyo cumplimiento justifica la concesión del referido permiso funcional, aquellos de carácter cívico, como la participación en procesos electorales y el ejercicio del derecho de sufragio, y otros regulados en normas especiales.*

2. *Respecto de la reserva de plazas para cursar estudios deportivos no universitarios (formación profesional de grado medio y superior; reguladas por los reales decretos 2048 y 2049/1995, de 22 de diciembre; y enseñanzas especiales de técnicos deportivos, reguladas por el Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre), ya expresamos en nuestro Dictamen 19/2000 que, en estas normas, no aparece prevista reserva alguna para los deportistas de alto nivel, porque el artículo 53,2, letra a) de la LD sólo la establece para estudios universitarios. Por ello, si la legislación estatal no ha previsto tal reserva, no parece que pueda establecerla la autonómica, pues en esta materia no se está ejerciendo propiamente una competencia deportiva, sino educativa, que debe operar en el marco básico de la normativa estatal.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En orden a evitar innecesarias repeticiones, cabe dar por reproducidos los antecedentes del Dictamen 151/2006, de este Consejo Jurídico, que versa sobre el mismo Proyecto de Decreto y concluye afirmando la procedencia de realizar las siguientes actuaciones:

a) Acompañar el texto de una motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas.

b) Recabar el informe del Consejo Regional de Cooperación Local.

c) Dar traslado del Proyecto a todas las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia, otorgándoles un plazo para la formulación de observaciones y sugerencias.

d) Someter el Proyecto a negociación colectiva en el ámbito de la Administración regional.

SEGUNDO.- Conferido trámite de audiencia a las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia, según consta acreditado en el expediente mediante los correspondientes documentos postales, la de Atletismo formula dos observaciones puntuales a los artículos 5 y 14 del Proyecto.

TERCERO.- Asimismo, consta en el expediente un certificado expedido por el Jefe de Servicio de Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública, que acredita la negociación del proyecto en el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco para la Modernización y Mejora de la Administración Pública de la Región de Murcia, órgano de la Mesa General de Negociación.

CUARTO.- El 10 de octubre de 2006, el Consejo Regional de Cooperación Local informa favorablemente el Proyecto, según consta en certificación expedida por la Secretaria del órgano consultivo.

QUINTO.- El 2 de noviembre de 2006, la Dirección General de Deportes elabora una nueva memoria justificativa de la oportunidad de promulgar el futuro Decreto.

SEXTO.- En esa misma fecha, 2 de noviembre de 2006, el centro directivo impulsor del Proyecto emite informe en el que, tras justificar la cumplimentación de aquellas actuaciones cuya omisión fue puesta de manifiesto por nuestro anterior Dictamen, valora las observaciones formuladas por la Federación de Atletismo de la Región de Murcia, rechazando la modificación del Proyecto que propone.

SÉPTIMO.- Se incorporan al expediente un nuevo extracto de secretaría e informe de la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia, indicando este último que el texto del Proyecto que se somete a la consideración del Consejo Jurídico es el mismo que fue remitido en su día y sobre el que se pronunció el Dictamen 151/2006.

En tal estado de tramitación se envía al Consejo Jurídico la nueva documentación incorporada al expediente como consecuencia de la realización de las actuaciones sugeridas por este Órgano Consultivo, teniendo entrada en su Registro el pasado 14 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, competencia material y habilitación reglamentaria, y procedimiento de elaboración.

En orden a evitar innecesarias repeticiones, procede dar por reproducidas aquí las Consideraciones que, relativas a los extremos indicados en el enunciado, se formularon en el Dictamen 151/2006. En cuanto a las insuficiencias advertidas por este Consejo Jurídico en el referido Dictamen, cabe entender que han sido suficientemente cumplimentadas con las actuaciones descritas en los hechos que anteceden.

SEGUNDA.- Observaciones generales.

1. Sobre la configuración como deber inexcusable de carácter público de la asistencia a competiciones oficiales, a los efectos de conceder al funcionario deportista de alto rendimiento un permiso retribuido.

El artículo 75.1, letra d), del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (TRLFP), establece que se concederán permisos por deberes inexcusables de carácter público o personal, durante el tiempo necesario para su cumplimiento.

La determinación de los contornos de ese concepto jurídico indeterminado que es la expresión “deber inexcusable de carácter público o personal” nos obliga a efectuar su exégesis, con carácter previo a determinar si procede incardinar en él el permiso que el artículo 10, letra b) del Proyecto pretende conceder a los funcionarios deportistas de alto rendimiento para que puedan asistir a competiciones oficiales.

El artículo 30.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con dicción similar al precepto regional antes indicado, establece que podrán concederse permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable público o personal. En su desarrollo, por Resolución de 14 de diciembre de 1992 de la Secretaria de Estado de las Administraciones Públicas, se dispuso la publicación del Manual de Procedimientos de Gestión de Recursos Humanos, en materia de vacaciones, permisos, licencias y comisiones de servicios y reintegros en el servicio activo, la cual, si bien circunscribe su ámbito de aplicación al personal al servicio de la Administración General del Estado, resulta una referencia de indudable valor para la interpretación de la normativa regional, deudora en este concreto extremo de la legislación estatal. En la Resolución se define el deber inexcusable como “*la obligación que incumbe a una persona cuyo incumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa*”.

Además, la jurisprudencia viene incorporando como deberes inexcusables de carácter público o personal, cuyo cumplimiento justifica la concesión del referido permiso funcional, aquellos de carácter cívico, como la participación en procesos electorales y el ejercicio del derecho de sufragio, y otros regulados en normas especiales. Así, entre estos últimos, pueden mencionarse los siguientes: a) la realización de funciones propias de su cargo electivo que desempeñe el funcionario en situación de servicio activo que sea miembro de una Corporación Local (artículo 75.4 de la Ley de Bases de Régimen Local) o de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma; b) permisos con ocasión de elecciones a los miembros de las candidaturas, de las mesas electorales y a los electores (Real Decreto 605/1999, de 14 de abril, de Regulación Complementaria de los Procesos Electorales, artículo 13); y c) por pertenencia a un jurado, entre otros supuestos (sentencia

del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 109/1998, de 24 de febrero).

De forma más específica, y ya en el ámbito deportivo, la Comisión Superior de Personal, en Dictamen en atención de consulta de 19 de junio de 1994 (Anexo de Acuerdos y dictámenes de la Comisión, número 22), declaró la improcedencia de reconocer el permiso de constante referencia a un funcionario público para concurrir a reuniones y competiciones celebradas en España y en el extranjero, en su condición de miembro directivo de una Federación Deportiva. Su fundamento es el carácter privado y estrictamente voluntario de dicha actividad para los miembros de los órganos federativos y la ausencia de responsabilidad alguna derivada de su no asistencia a tales eventos.

Así caracterizado el deber inexcusable de carácter público o personal, difícilmente puede calificarse como tal la asistencia de un deportista a una competición, pues aunque exista una cierta publicación de ésta cuando tiene el carácter de oficial, ello no determina la obligatoriedad de participación, la cual no deja de ser una decisión puramente voluntaria que excluye su caracterización como deber jurídico. Además, la no asistencia de un deportista a una competición oficial no le ocasiona una responsabilidad de ningún género, si bien pueda tener ciertas consecuencias perjudiciales para el mismo, derivadas de la no consecución de resultados deportivos y la subsiguiente pérdida de la condición misma de deportista de alto rendimiento, en virtud de lo establecido por el artículo 3, letra e) del Proyecto, en relación con sus Anexos. Ahora bien, estas negativas consecuencias pueden ser evitadas por el funcionario acudiendo a otros permisos (incluso retribuidos, como el de asuntos personales sin justificación del artículo 75.3 TRLFP), licencias (para asuntos propios, prevista en el artículo 76.1, letra b, TRLFP) o a las mismas vacaciones anuales.

Dicho lo anterior, ha de precisarse que la conclusión acerca de inexistencia de un deber en sentido estricto habría de ser excepcionada en supuestos como el de la convocatoria a la correspondiente selección, en cuyo caso, sí existe una obligación de naturaleza pública y origen legal que vincula al deportista, por así establecerlo el artículo 47 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LD), respecto de la correspondiente selección nacional, y 91, letra c) de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia (LDMU), que califica como infracción muy grave la injustificada falta de asistencia a las convocatorias de las selecciones de las federaciones deportivas.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que resulta improcedente configurar como deber inexcusable de carácter público la asistencia de los deportistas de alto rendimiento a las competiciones oficiales, y ello porque supondría una desnaturalización del concepto en la interpretación que del mismo se ha venido realizando tanto por las Administraciones Públicas como por la jurisprudencia (sentencias del TSJ de Extremadura, nº 1406/2001; TSJ de Andalucía, Sevilla, de 25 de enero de 2001; TSJ de la Comunidad Valenciana, nº 654/1998, entre otras).

Ello no obsta a que, si así se estima oportuno y se considera que los diversos permisos y licencias funcionariales establecidas por la normativa de Función Pública resultan insuficientes para atender al supuesto indicado, se prevea un permiso específico. Ahora bien, obligado es recordarlo, su creación exigiría una norma con rango legal atendida la reserva de Ley existente en la materia (artículo 103.3 CE, en la interpretación que del mismo hace la STC 99/1987, según la cual, en el concepto “régimen estatutario” de los funcionarios públicos se incluye todo lo relativo a derechos y deberes, encontrándose entre los primeros

los permisos), y la ausencia de previsión legal en el TRLFP que permitiera la configuración del referido permiso por un mero reglamento ejecutivo como el sometido a consulta.

2. De la exención a los deportistas de alto rendimiento regional del cumplimiento de los requisitos deportivos y de la realización de pruebas específicas para acceder a cualquiera de los grados de las enseñanzas deportivas de régimen especial.

El artículo 8.2 del Proyecto establece la referida exención, añadiendo en su inciso final “en los términos previstos en la normativa estatal”.

Con ocasión del Anteproyecto que luego se convertiría en LDMU, el Consejo Jurídico (Dictamen 19/2000) ya tuvo ocasión de advertir que tales exenciones, en la medida en que afectan al acceso a estudios conducentes a títulos técnicos deportivos, exceden del ámbito de competencias autonómicas, como bien precisó el Servicio Jurídico de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo durante la tramitación del Proyecto.

En efecto, el Real Decreto 1742/2003, de 19 de diciembre, por el que se establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial, indica en su artículo 4.8 que las Universidades podrán establecer pruebas de aptitud personal para la admisión en los títulos universitarios de carácter oficial de, entre otros, Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, sin amparar excepción alguna ligada a la condición de deportista de alto rendimiento.

Del mismo modo, el artículo 10 del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuran como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos, se aprueban las directrices generales de los títulos y de las correspondientes enseñanzas mínimas, sólo exime de ciertas pruebas de acceso a los deportistas de alto nivel previstos en la LD, sin extender tal beneficio a otros que puedan ser calificados por las Comunidades Autónomas. Como ya indicábamos en el referido Dictamen, estas normas han sido dictadas por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención de títulos académicos y profesionales atribuida por el artículo 149.1, 30ª CE, por lo que no cabe que las Comunidades Autónomas incidan normativamente sobre esa regulación. De forma coherente con lo expuesto, el artículo 53.2, letra b) LD remite al Gobierno la fijación de las condiciones para que se den tales exenciones.

Es cierto que el Proyecto pretende soslayar este obstáculo competencial precisando que la excepción operará “en los términos previstos en la normativa estatal”, lo cual no deja de constituir un conjunto vacío, como se acaba de exponer, ante el silencio de la regulación básica sobre un eventual establecimiento de exenciones para otros deportistas, diferentes de los de alto nivel reconocidos por el Consejo Superior de Deportes. Adviértase, además, que la única vía a través de la cual podría hacerse efectiva la exención es que el Estado la previera para los deportistas que obtuvieran una determinada calificación por parte de las Comunidades Autónomas, al modo de la regulación establecida para la reserva de plazas en las Universidades (artículo 14.1, letra c) RD 1742/2003); pero, en tal caso, sería innecesaria la previsión en el Proyecto, dada la eficacia directa de la norma básica.

3. Reserva de plazas.

El artículo 10, letra e) del Proyecto establece una doble reserva de plazas:

a) En las Universidades públicas de la Región, para los deportistas de alto rendimiento que reúnan los requisitos académicos necesarios.

b) En las enseñanzas para la obtención de los títulos de grado medio y superior de actividades físicas y deportivas.

La determinación de si tales reservas son o no posibles, alcanza conclusiones diferentes para cada una de ellas. Así, respecto de la primera, el artículo 14.1, letra c) RD 1742/2003, impone a las Comunidades Autónomas que, anualmente, reserven un porcentaje de entre el uno y el tres por ciento de las plazas disponibles en todas las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial, para ser adjudicadas entre los estudiantes que, reuniendo los requisitos académicos correspondientes, el Consejo Superior de Deportes califique como deportistas de alto nivel, o sean calificados como tales por las Comunidades Autónomas. Adicionalmente se reservará un cinco por ciento de las disponibles en la licenciatura de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte.

La mención a los deportistas de alto nivel calificados por las Comunidades Autónomas, nos obliga a establecer una conclusión previa, cual es determinar si tienen cabida en tal concepto aquellos que son objeto del Proyecto sometido a consulta.

La diversidad de denominaciones que ofrece el derecho autonómico comparado para designar a quienes presentan un rendimiento deportivo de interés para la promoción del deporte regional, que les hace merecedores del apoyo y el estímulo de la propia Comunidad Autónoma, no debe ocultar la verdadera naturaleza de su régimen. En Galicia, País Vasco, Navarra e Islas Baleares se les denomina deportistas de alto nivel; en Valencia, deportistas de élite; y en Murcia, Cantabria, Canarias, La Rioja, Extremadura y Andalucía, deportistas de alto rendimiento. La regulación autonómica de todos ellos es similar, en cuanto establecen medidas de apoyo y estímulo complementarias de las que corresponden a los deportistas de alto nivel estatal. Ahora bien, el régimen de aquéllos difiere del de éstos, como también son diferentes los requisitos exigidos para obtener una y otra calificación. Por ello, si bien cabe asimilar a los deportistas de alto rendimiento, de élite o de alto nivel, cuando su calificación es efectuada por las Comunidades Autónomas, no puede extenderse esa asimilación hasta el extremo de identificar el régimen de los deportistas de calificación autonómica a los de alto nivel reconocidos por el Consejo Superior de Deportes, sin perjuicio de la necesaria coordinación y colaboración existente entre las Administraciones estatal y autonómicas, prevista por los artículos 52 y 53 LD, y, en el concreto ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, los artículos 67 y 69 LDMU.

En atención a lo expuesto, no se aprecia obstáculo para identificar a nuestros deportistas de alto rendimiento con aquellos a los que el artículo 14.1, letra c) RD 1742/2003 denomina deportistas calificados de alto nivel por las Comunidades Autónomas.

Ello, a su vez, habilita a la Administración regional para prever las reservas de plazas universitarias (la ordinaria en todas las enseñanzas y la adicional para los estudios conducentes al título de Licenciado en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte), por así establecerlo la norma básica.

Por el contrario, respecto de la reserva de plazas para cursar estudios deportivos no universitarios (formación profesional de grado medio y superior, reguladas por los reales decretos 2048 y 2049/1995, de 22 de diciembre; y enseñanzas especiales de técnicos deportivos, reguladas por el Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre), ya expresamos en nuestro Dictamen 19/2000 que, en estas normas, no aparece prevista reserva alguna para los deportistas de alto nivel, porque el artículo 53,2, letra a) de la LD sólo la establece para estudios universitarios. Por ello, si la legislación estatal no ha previsto tal reserva, no

parece que pueda establecerla la autonómica, pues en esta materia no se está ejerciendo propiamente una competencia deportiva, sino educativa, que debe operar en el marco básico de la normativa estatal.

4. La “preferencia” del deportista de alto rendimiento regional.

En diversos preceptos del Proyecto se establece una preferencia de estos deportistas para: a) participar en programas de tecnificación deportiva y planes especiales de preparación (artículo 9); b) usar los servicios del Centro de Investigación y Estudios de la Salud del Deportista (artículo 10, letra c); y c) usar las instalaciones deportivas públicas (artículo 10, letra d).

Nada cabe objetar al establecimiento de tales ventajas, atendido el interés que para la promoción del deporte regional ostentan y representan estas personas. Ahora bien, en la medida en que la atribución de ese trato preferente supondrá hacer de inferior condición a otros potenciales usuarios de los servicios referidos, su proclamación debería venir acompañada de una mínima regulación, que permita delimitar los contornos de esa preferencia y su conjugación con los derechos del resto de ciudadanos.

TERCERA.- Observaciones particulares a la Exposición de Motivos y al articulado.

1. En la innominada parte expositiva, debe modificarse la referencia al precepto estatutario, consignando la correcta, esto es, “artículo 10. Uno,17”.

2. En la fórmula promulgatoria que antecede de manera inmediata a la parte dispositiva de la norma, debe consignarse la expresión legalmente establecida para manifestar si el futuro Decreto se dicta conforme al presente Dictamen, en cuyo caso se empleará la fórmula “de acuerdo con el Consejo Jurídico”; o se aparta de él, supuesto que exigirá la expresión “oído el Consejo Jurídico” (artículo 2.5, Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia).

3. De conformidad con las directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, que resultan de aplicación a las disposiciones nacidas de la iniciativa normativa de la Administración regional en defecto de regulación autonómica, la única referencia a las consultas realizadas durante la elaboración del texto que debe constar en la fórmula promulgatoria es la realizada al Consejo de Estado o, en nuestro caso, al Consejo Jurídico. El resto de tales consultas debe indicarse en párrafo independiente, antes de la fórmula promulgatoria (Directriz 13). En este párrafo debería incluirse no sólo la consulta al Consejo Asesor Regional del Deporte, sino también la efectuada al Consejo Regional de Cooperación Local.

4. Capítulo I. Deportistas de Alto Rendimiento Regional.

La consideración conjunta de las Directrices 19 y 23 aconsejaría modificar la división interna del Proyecto, dejando su primer capítulo a lo que se ha dado en llamar “disposiciones generales”, concepto que englobaría el objeto de la norma, las definiciones y su ámbito de aplicación. Atendido el contenido del Proyecto, en este nuevo Capítulo I cabría incluir los actuales artículos 1 (objeto) y 2 (definición de deporte y deportista de alto rendimiento). El resto de artículos (3 a 5) del capítulo pasarían a otro, el II, que podría denominarse “adquisición de la condición de deportista de alto rendimiento”.

5. Artículo 1. Objeto.

Debería incluir una referencia a la creación de la Comisión de Alto Rendimiento Deportivo de la Región de Murcia.

6. Artículo 2. Definición de deporte y deportistas de alto rendimiento regional.

La definición de deporte de alto rendimiento regional de deportista de este nivel hubiera encontrado su ubicación más adecuada en la LDMU, cuyo Título VIII se denomina deporte de alto nivel y deporte de alto rendimiento regional, a pesar de lo cual omite definir ambos conceptos, centrándose en el de deportista de alto rendimiento.

Es de sobra conocida la doctrina según la cual el reglamento ejecutivo, como el presente, debe limitarse a ser complemento indispensable de la Ley que desarrolla, de forma que su función en el sistema de fuentes no es otra que la de complementar la regulación legal, favoreciendo su desarrollo y aplicación.

En consecuencia, se sugiere encabezar el artículo 2 del Proyecto con una dicción parecida a: “A los efectos del artículo 68 LDMU”, para incluir, seguidamente, los apartados 1 y 2 del artículo 2 que comentamos, bien se efectúa en el mismo una remisión al precepto legal, o bien, se ensaya un concepto de deportista de alto rendimiento regional que, con expresa mención del artículo 68 LDMU, integre todas sus notas legales definitorias.

7. Artículo 3. Requisitos.

La letra a) debería aludir a la “condición política de murciano” (artículo 6 del Estatuto de Autonomía).

8. Artículo 5. Procedimiento.

a) De conformidad con el apartado 2, son las federaciones deportivas las que deben presentar, “*en su caso*”, las propuestas de inclusión en las relaciones anuales de deportistas de alto rendimiento.

La expresión “en su caso” debería ser objeto de una mayor precisión, en orden a establecer cuáles son los supuestos en los que las indicadas entidades deportivas no vendrán obligadas a presentar la propuesta. Parece evidente que no existirá tal obligación cuando no haya deportista alguno de esa Federación que ostente los requisitos necesarios para su inclusión en lista; pero también podría interpretarse en el sentido de que la entidad podría no proponer a los deportistas de su modalidad, aun cuando éstos cumplieran todos los requisitos, es decir, que no se tratara de una potestad reglada, sino discrecional, lo que no parece acorde con la finalidad de promoción del deporte de alto rendimiento que anima todo el Proyecto.

b) El apartado 4 atribuye a la Federación la expedición y aportación de toda la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos necesarios para ser deportista de alto rendimiento, excepto la acreditación de ostentar la condición de murciano.

c) En el apartado 5, debe consignarse la denominación completa del órgano al que se atribuye la elaboración de las listas anuales.

d) En el apartado 7, debería indicarse de modo expreso que la publicación en el boletín oficial de la relación anual determina por sí misma el reconocimiento de la condición de deportista de alto rendimiento regional, sin que sea necesaria una ulterior individualización del reconocimiento para cada deportista, mediante un nuevo acto administrativo.

e) El apartado 9 debería reubicarse como segundo párrafo del apartado 1, ya que la única excepción que establece respecto del régimen ordinario, es el trámite de propuesta federativa, no el resto del procedimiento.

9. Artículo 6. Becas y ayudas económicas.

Debe precisarse que la Orden a que se refiere el precepto, *in fine*, es la de convocatoria de las ayudas, pues de lo contrario cabría interpretar que se está efectuando una habilitación reglamentaria a favor del titular de la Consejería, lo que, como se expondrá en la consideración acerca de la Disposición Final primera del Proyecto, queda hoy vedado al Consejo de Gobierno.

10. Artículo 7. Valoración en el acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

a) El precepto parece establecer un beneficio de carácter indefinido y que no se extingue una vez perdida la condición de deportista de alto rendimiento regional. Así parece indicarlo la expresión “cualquiera que fuera el año en que se produjera”. Sin embargo, tal interpretación resultaría contraria a la vigencia de dos años desde el reconocimiento de aquella condición que el artículo 13 del Proyecto establece para todos los beneficios a ella ligados, y a la extinción automática de éstos que, de conformidad con su artículo 14.7, se produce una vez que se deja de ser deportista de alto rendimiento.

Considera el Consejo Jurídico que, para dotar de coherencia interna al texto propuesto, es necesario excepcionar expresamente este beneficio de las normas sobre vigencia y pérdida referidas.

b) Debe establecerse de forma indubitada el ámbito de aplicación del beneficio establecido en este artículo 7. En efecto, mientras que el epígrafe del precepto alude a la “Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, el texto del artículo lo hace a las “Administraciones Públicas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”. Ambas expresiones no son sinónimas, pues mientras la primera quedaría circunscrita a la Administración Pública regional, es decir, aquella a que se refiere el artículo 51 del Estatuto de Autonomía y que la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma describe como la organización técnica y profesional que, bajo la dirección del Consejo de Gobierno y de sus miembros, asume la realización de los intereses públicos regionales, más las organizaciones instrumentales dependientes de ella (artículo 1); la segunda expresión englobaría, además de ésta, a las diferentes administraciones públicas de la Comunidad Autónoma.

Atendidos los términos en que se expresa el artículo 69, letra c) LDMU, que refiere el mérito al acceso a puestos de trabajo de las “Administraciones Públicas”, el desarrollo reglamentario debería adecuarse a este mismo ámbito.

11. Artículo 8. Régimen de estudios.

a) La cita de la disposición contenida en el apartado 1 debe ajustarse a su denominación oficial, es decir, “*Orden de 27 de julio de 2004, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se establecen medidas para facilitar la compatibilidad de los estudios de Educación Secundaria con la práctica deportiva*”.

Todo ello sin perjuicio de advertir lo innecesario de prever en el Proyecto la posibilidad de que los deportistas de alto rendimiento regional se puedan acoger a las medidas estable-

cidas en la referida Orden, toda vez que el artículo 1.2 de ésta ya menciona expresamente a dichos deportistas como parte de su ámbito subjetivo de aplicación.

12. Artículo 11. Obligaciones.

Debe incluirse la preposición “a” entre las palabras “destinadas” y “fomentar”.

13. Artículo 14. Pérdida y suspensión.

a) Atendida la naturaleza meramente colaborativa de las obligaciones que se imponen al deportista en el artículo 11, cuyo cumplimiento precisa del previo requerimiento por parte de la Administración, la causa de pérdida de la condición de deportista de alto rendimiento que tipifica el apartado 1, b) debería ajustarse a dichas circunstancias, para lo que bastaría con sustituir la actual referencia al “*incumplimiento de las obligaciones*” por “*la negativa injustificada a cumplir las obligaciones...*”.

b) En el apartado 1, letra c), debe sustituirse el término “otorgada” por el más adecuado de “aprobada”.

c) Al regular el procedimiento de pérdida de la condición de deportista de alto rendimiento, debería establecerse a qué órgano o entidad corresponde la incoación del procedimiento, pues al guardar silencio sobre tal extremo y disponer que su resolución se producirá a propuesta de la Comisión de Alto Rendimiento Deportivo de la Región de Murcia, podría interpretarse que la iniciación corresponde al referido órgano colegiado, cuando quizás fuera oportuno residenciar esta facultad en las propias Federaciones Deportivas, atendida su mayor cercanía a los deportistas, lo que facilitaría conocer la concurrencia de las causas que llevan anudada la pérdida de la calificación de alto rendimiento, o bien en la propia Dirección General de Deportes.

e) El apartado 5 prevé que el deportista que hubiera perdido la condición de alto rendimiento puede volver a obtener su reconocimiento una vez desaparecidas las causas que motivaron dicha pérdida. No obstante, si la calificación se hubiera perdido como consecuencia de haber sido sancionado, no podrá volver a solicitarla hasta que hubieran transcurrido al menos dos años desde la firmeza de la sanción.

Considera el Consejo Jurídico que este último inciso demanda una matización pues, de lo contrario, podría estar consagrando una cierta ultraactividad de la sanción. En efecto, las sanciones que de conformidad con el artículo 94 LDMU pueden ser impuestas para corregir las infracciones graves y muy graves en materia de disciplina deportiva que, de conformidad con el artículo 3, letra c) del Proyecto, son las únicas susceptibles de hacer perder la condición de deportista de alto rendimiento, junto con las sanciones por dopaje, presentan una tipología variada. Entre ellas las hay de tracto único (revocación de licencia, multa, amonestación, pérdida de puntos, partidos o puestos clasificatorios) y de tracto sucesivo, en la medida en que extienden sus efectos en el tiempo y que habrán de ser impuestas con un límite temporal (suspensión de licencia e inhabilitaciones).

Pues bien, carece de fundamento la extensión de los efectos de las sanciones que hemos denominado de tracto único, las cuales si bien pueden determinar la pérdida de la condición de deportista de alto rendimiento, en tanto que conllevan el incumplimiento de uno de los requisitos exigidos para obtener dicha calificación, los efectos de dicha pérdida no pueden agravarse por el Proyecto sometido a consulta, estableciendo una nueva medida de naturaleza eminentemente sancionadora, como es la inhabilitación para solicitar la calificación de alto rendimiento por un determinado período. Y ello porque la disposición proyectada

carece del necesario fundamento legal para hacerlo, teniendo vedado el reglamento tipificar sanciones, en aplicación del principio de legalidad que inspira el sistema sancionador conforme al clásico aforismo “*nulla poena sine lege*”. En consecuencia, el deportista que ha perdido la condición de alto rendimiento al serle impuesta una de estas sanciones, debería poder volver a instar su reconocimiento inmediatamente, sin perjuicio de que, por aplicación de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 5 del Proyecto, que exigen el cumplimiento de los requisitos durante el año anterior a aquél en que la correspondiente Federación formula la propuesta de inclusión en la lista, el reconocimiento efectivo no se llevará a cabo hasta haber transcurrido, al menos, un año desde que se impuso la sanción.

Respecto de las sanciones que extienden sus efectos en el tiempo y, particularmente, la inhabilitación para obtener la licencia federativa, que por infracciones muy graves puede llegar a ser de hasta cinco años (artículo 94.2, letra b, LDMU), resulta evidente que no podrá volver a solicitarse la condición de alto rendimiento hasta que se haya cumplido la sanción, independientemente de cuándo hubiera ésta alcanzado su firmeza. En este sentido, el artículo 32.4 LD, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, sobre Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte, inhabilita a los deportistas sancionados por dopaje para obtener una licencia deportiva “*mientras se encuentren cumpliendo la sanción respectiva*”, lo que impedirá que el Estado reconozca o mantenga la condición de deportista de alto nivel. El mismo precepto prevé que han de establecerse mecanismos que permitan extender los efectos de estas decisiones a los distintos ámbitos competenciales (estatal y autonómico).

En consecuencia, debe modificarse el artículo 14.5 del Proyecto para adecuarlo a las consideraciones efectuadas. Esta observación tiene carácter esencial.

14. Capítulo IV. Comisión de Alto Rendimiento Deportivo de la Región de Murcia.

Se procede a la creación (artículo 15) y regulación del régimen jurídico esencial (artículo 16) de este órgano colegiado. De conformidad con el artículo 23.2, letras c) y e), de la Ley regional, 7/2004, la norma de creación deberá determinar, entre otros extremos, los criterios para la designación de sus miembros y la dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

Sobre el último de los contenidos, nada expresa el Proyecto, lo que debe ser corregido. Respecto de los criterios para la designación de sus miembros, el proyectado artículo 16 se limita a atribuir esta función al Director General de Deportes, pero sin establecer los criterios a los que ha de sujetarse éste para decidir quién ha de representar a las Federaciones Deportivas o a las tres Universidades que tienen su sede en la Región.

En cualquier caso, también debe corregirse la redundancia normativa existente entre los apartados 1 y 4 del artículo 16, en los cuales se atribuye por dos veces al Director General de Deportes la función de designar a los miembros de la Comisión.

15. Disposición Final primera.

Bajo el epígrafe “*habilitación normativa*” se faculta al Consejero competente en materia de Deportes a dictar las disposiciones necesarias y adoptar las medidas precisas para la ejecución del futuro Decreto.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en las facultades atribuidas al Consejero desde una habilitación reglamentaria omnimoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos

y singulares tendentes a la ejecución del Decreto. La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. Del mismo modo, el Consejero cuenta con un poder de dirección, gestión e inspección del Departamento del que es titular (artículo 16.2 de la Ley 7/2004), cuyo ejercicio ampara todas esas otras actuaciones de carácter no normativo a que podría referirse la Disposición comentada.

En consecuencia, sea por la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar una habilitación de potestad reglamentaria general, sea porque insiste en atribuir al Consejero potestades que ya posee por mandato de la Ley, la previsión contenida en la Disposición Final primera del Proyecto debería suprimirse.

16. Disposición Final segunda. Entrada en vigor.

Carece el expediente de justificación alguna que exija la inmediata entrada en vigor del futuro Decreto. En consecuencia, la *vacatio legis*, cuya finalidad es posibilitar a los operadores jurídicos el conocimiento de la norma antes de su entrada en vigor, debería ser la ordinaria, es decir, veinte días desde su publicación, de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tienen carácter esencial las observaciones relativas a los siguientes preceptos: artículos 8.2; 10, letras b) y e); 14.5 y Disposición Final primera.

SEGUNDA.- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 03/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. D. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M^a. R. M. A., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/01/07

Extracto de Doctrina

Es abundante la doctrina sentada por el Consejo de Estado para los supuestos de tropiezos o caídas en la que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los

hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo como defectos en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores. Así, entre otros muchos, el Dictámenes 2.151 y 3.420 del año 2001. En este mismo sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 109/2004 y 53/2005 de este Consejo Jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2006 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura una reclamación de daños y perjuicios formulada por D. D. M. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. R. M. A., a consecuencia del accidente sufrido por la menor el día 22 de junio de 2006 en el Colegio Público “Ciudad de la Paz” de El Palmar, cuando, hallándose en clase, se resbaló con un lápiz que había en el suelo, cayó de boca y se rompió los incisivos superiores.

La solicitud viene acompañada de la siguiente documentación: a) informe del servicio de urgencias del Hospital “Virgen de la Arrixaca”; b) presupuesto de clínica odontológica por importe de 790 euros; c) fotocopia de la hoja del libro de familia en el que se recoge la inscripción del nacimiento de la menor.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante, aquélla requirió al reclamante para que completara la copia del Libro de Familia con la inscripción del matrimonio de los padres de la menor.

TERCERO.- Seguidamente la instructora solicita el preceptivo informe del centro, que fue remitido el 14 de octubre de 2006, indicando la Directora que los hechos ocurrieron de la siguiente manera:

“El día 23 (sic) de junio de 2006, como queda especificado anteriormente y estando presente la tutora, la alumna M. R. M. A. resbaló al pisar un lápiz que había en el pasillo de su clase. Al caer rompió parte de los incisivos superiores”.

CUARTO.- La instructora notificó al reclamante la apertura del trámite de audiencia, al tiempo que le reiteraba la necesidad de que aportase la copia completa del Libro de Familia, así como la factura de la asistencia odontológica recibida por la menor.

Con fecha 24 de noviembre de 2006 el interesado presenta escrito al que acompaña fotocopia del Libro de Familia, al tiempo que manifiesta no poder aportar la factura que se le reclama ya que debido a su precaria situación económica, no ha podido hacer frente a la intervención presupuestada.

QUINTO.- Seguidamente fue formulada la propuesta de resolución, consistente en desestimar la solicitud por considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por la alumna y el servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

Ultimado el procedimiento, la solicitud de Dictamen tuvo entrada en el Consejo Jurídico el día 27 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

Ante todo hay que señalar que la solicitud ha sido formulada por persona legitimada para ello ya que, tal como resulta de la fotocopia compulsada del Libro de Familia que obra en el expediente, el reclamante es padre de la alumna lesionada y, al ser ésta menor de edad, le corresponde ejercitar su representación legal conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro de Educación Infantil y Primaria “Ciudad de la Paz”.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto en el RRP, sin que se aprecien carencias formales.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

1) Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuesto similares al presente, ha de destacar que la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos suceden como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, de tal modo que la producción de un accidente dentro del centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración educativa, porque, de admitir lo contrario, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Así las cosas, resulta preciso, tal como ha señalado el Consejo de Estado, entre muchos otros, en su Dictamen número 3.582/2001, analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo en supuestos de tropiezos o caídas en la que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo como defectos en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores. Así, entre otros muchos, el Dictámenes 2.151 y 3.420 del año 2001. En este mismo sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 109/2004 y 53/2005 de este Consejo Jurídico.

Por otra parte, el reclamante no efectúa alegación alguna que permita identificar cuál es el factor que, dentro del funcionamiento del servicio público educativo, permite establecer una conexión causal entre la actividad administrativa y el daño, pues se limita a describir las circunstancias en que éste se produce.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que al profesorado le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. La indeterminación de este concepto, en tanto que alude a un estándar de comportamiento, exige acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso para intentar concretar si dicha diligencia existió o no. En el supuesto estudiado cabe concluir que no existió negligencia alguna por parte del personal del Centro, sin que tampoco la presencia de un lápiz (material escolar) en el suelo del aula, pueda considerarse con un factor de riesgo adicional.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita, éste se habría producido con ocasión de la prestación del servicio público educativo pero no como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

2) La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, no agota, a juicio del Consejo Jurídico, el total de cuestiones que ofrece el expediente

tramitado, ya que del ordenamiento podrían derivarse otros aspectos relevantes, dignos de consideración, cuestiones éstas muy frecuentemente reiteradas en Dictámenes anteriores como consecuencia de consultas procedentes de la misma Consejería sobre asuntos sustancialmente semejantes al presente, a cuyas Consideraciones nos remitimos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 04/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. R. E. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 12/01/07

Extracto de Doctrina

La prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 28 de julio de 2005, D. R. E. S., en representación de la mercantil O. D. S.L., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería consultante por los daños materiales ocasionados a un vehículo de su propiedad (Mercedes C X) como consecuencia de la caída de una farola, el 17 de agosto de 2004, en el puerto de Cabo de Palos.

Acompaña fotografías de los daños ocasionados, el presupuesto de un taller y solicita que se recabe el parte de incidencias núm. X de la Policía Local de Cartagena.

SEGUNDO.- En fecha de 20 de septiembre de 2005 la instructora solicita informe sobre el siniestro a la Dirección General de Carreteras, así como a la Policía Local de Cartagena, que remite el parte de incidencias detallado en el Antecedente anterior.

TERCERO.- Con fecha 26 de septiembre de 2005 se le requiere al letrado actuante, y a la mercantil propietaria del vehículo, para que el primero acredite la representación con la que actúa, al mismo tiempo que se les solicita a ambos copia compulsada de los documentos que se relacionan.

CUARTO.- Consta el parte de la Policía Local de Cartagena, de 17 de agosto de 2004, que contiene la siguiente descripción:

“Que a la hora reseñada y ordenados por base-Manga, nos desplazamos al lugar indicado, donde se comprobó que una farola se había desprendido de su base, y había caído sobre el capó del turismo mercedes C 220 gris, matrícula X., causándole daños en la chapa, se procedió a retirar la farola y dejarla sobre el suelo, no teniendo ningún peligro, ya que los cables estaban dentro de sus respectivas guías.

Dado que la zona del puerto es responsabilidad de la Dirección General de Transportes y Puertos de la Comunidad Autónoma, nos pusimos en contacto con el celador del puerto D. F. S. D. (X), al que se le comunicó lo ocurrido, así como se personó posteriormente el implicado dueño del vehículo, al que se le comunicó los pasos a seguir a fin del arreglo de su vehículo”.

QUINTO.- El Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras emite informe el 30 de septiembre de 2005, en el que señala:

“En relación a la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por D. R. E. S., pongo en su conocimiento que el Puerto de Cabo de Palos, donde ocurrió el siniestro, no es competencia de esta Dirección General por lo que deberá tramitarse la reclamación patrimonial a través de la Dirección General de Transportes y Puertos, por si fuera de su competencia”.

SEXTO.- En fecha 15 de diciembre de 2005 el letrado representante de la mercantil reclamante presenta copia del poder de representación, duplicado de la póliza del vehículo, declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna, permiso de circulación y factura de reparación del vehículo, entre otros.

SÉPTIMO.- La instructora del expediente recaba informe de la Dirección General de Transportes y Puertos, siendo cumplimentado por su Servicio Jurídico-Administrativo y de la Junta Arbitral del Transporte de 10 de mayo de 2006, en el sentido de señalar:

“PRIMERO.- TITULARIDAD DEL LUGAR EN EL QUE SE PRODUJERON LOS HECHOS.

En relación con la titularidad del lugar, tales hechos se produjeron dentro de la zona de servicio del puerto de Cabo de Palos, y por tanto, pertenece a la Administración Regional.

SEGUNDO.- EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR O ACTUACIÓN INADECUADA DEL PERJUDICADO O DE UN TERCERO.

Según informe del Sr. Guardamuelles del Puerto de Cabo de Palos, de fecha 17 de agosto de 2004, la causa de tal incidente fue consecuencia del fuerte viento y al mal estado de

la base de sujeción, por lo que no existe fuerza mayor o en su caso actuación inadecuada del perjudicado o tercero.

TERCERO.- PRESUNTA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL SINIESTRO Y EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO,

La relación de causalidad entre el siniestro y el mal funcionamiento del servicio es evidente, dado que estando aparcado el vehículo de tracción motora próximo a la farola, a través del viento, cayó sobre el mismo.

CUARTO.- IMPUTABILIDAD A LA ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A OTRAS ADMINISTRACIONES.

La imputabilidad por responsabilidad pertenece enteramente a la Administración Regional, pues tal zona de servicio forma parte de su dominio público marítimo-terrestre adscrito.

QUINTO.- SEÑALIZACIÓN DE LA CARRETERA.

En esta cuestión, por titularla de alguna forma, uno de los datos a los que se refiere, es la visibilidad sobre el lugar del suceso; según el informe del Sr. Guardamuelles del puerto de Cabo de Palos, antes citado, tal hecho se produjo a las 15:20 horas, por lo que la iluminación, visibilidad, era total sobre dicho lugar.

Por otro lado, el sitio de aparcamiento era permitido, próximo al varadero.

SEXTO.- VALORACIÓN DE LOS DAÑOS ALEGADOS.

Por parte de este Servicio Jurídico-Administrativo, no se hizo ninguna valoración de los daños. Únicamente figura en el expediente, la factura del chapista”.

OCTAVO.- Con fecha 21 de junio de 2006, el jefe de Servicio Jurídico de la Consejería solicita al Parque de Maquinaria que aclare el valor venal del vehículo en la fecha del accidente, y que valore los daños en atención a la forma de producirse, así como la adecuación de la factura presentada.

NOVENO.- La propuesta de resolución declara a D. L. E. L. R. desistido de su reclamación, por no acreditar la representación que dice ostentar, disponiendo el archivo del expediente, así como la remisión del expediente administrativo al Consejo Jurídico para que emita el correspondiente Dictamen previsto en el artículo 12.2 del RD 429/1993, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

DÉCIMO.- Con fecha 11 de octubre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La Consejería consultante ha recabado el presente Dictamen con carácter preceptivo, de conformidad con los artículos 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Juríd-

dico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12.2 RRP, es decir, solicita que el Consejo Jurídico se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

Sin embargo resulta contradictoria con dicha petición la propuesta de resolución elevada, en tanto propone el desistimiento de la reclamación y el archivo del procedimiento de responsabilidad patrimonial, por la falta de acreditación de la representación del conductor del vehículo, pues, en caso de que así fuera, el Dictamen del Consejo Jurídico no resultaría preceptivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 RRP, ya citado (Dictamen núm. 78/03). En todo caso el artículo 11 LCJ habilita a los Consejeros para recabar el parecer del Consejo Jurídico aun cuando sea con carácter facultativo.

SEGUNDA.- Legitimación y otros requisitos formales.

La presente reclamación fue interpuesta por D. R. E. S., en representación de la mercantil O. D. S.L., en su condición de propietaria del vehículo accidentado. Dicha representación fue acreditada por el letrado actuante tras el requerimiento que le efectuó la instructora del expediente (folios 47 y ss.). Asimismo se ha probado que la mercantil es propietaria y asegurada del vehículo en la fecha en que se produjo el evento lesivo (folios 39, 37, 45 y 46).

Por tanto resulta contradictoria la propuesta de resolución elevada, por cuanto declara el desistimiento en la presente reclamación, por no haber acreditado la representación D. L. E. L. R., por las siguientes razones:

1ª. D. L. E. L. R. era el conductor del vehículo accidentado y, a su vez, ostentaba la condición de administrador único de la mercantil anteriormente citada, como se acredita con el poder de representación procesal (folios 47 y ss.); además figura como conductor habitual en la póliza de aseguramiento del vehículo, suscrita por la propietaria (folio 46). En todo caso ha de tenerse en cuenta que dicha persona no ha solicitado indemnización por daños personales, que no se han producido, a tenor de la documentación obrante en el expediente.

2ª. Tampoco cabe ordenar el archivo de la reclamación efectuada por la mercantil, con fundamento en la falta de actuación de un tercero, en tanto que la acción ha sido ejercitada por O. D. S.L., la única legalmente legitimada para reclamar los daños materiales del vehículo.

3ª. Aun cuando no se hubiera solicitado por la mercantil interesada, se trataría de un supuesto donde concurren razones que avalarían la iniciación de oficio del presente expediente de responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta la plena asunción de los hechos ocurridos por parte del guardamuelleres del puerto de Cabo de Palos, que remitió un escrito el 17 de agosto de 2004, al Jefe de Sección de Gestión Administrativa de Puertos, en el que ponía de manifiesto que *“una farola de la zona próxima del varadero había caído al suelo (...) informo que no hay que lamentar daños personales, pero sí comunicar, que un coche marca Mercedes Benz, que había aparcado próximo a la farola, se vio afectado en su capó, según me comunicó la policía municipal. Es muy urgente revisar a la mayor brevedad posible el anclaje de las demás farolas, ya que estas son muy antiguas, para evitar que se vuelva a repetir otro incidente similar al ocurrido hoy.”*

4ª. Si el órgano instructor hubiera tenido dudas acerca de la representación de la mercantil, una vez cumplimentado por su representante la documentación solicitada, debería haber actuado en consecuencia, solicitando cualquier aclaración acerca de este extremo, careciendo de sentido que la propuesta de resolución archive el presente procedimiento, cuando los actos que le preceden van orientados a verificar si efectivamente concurrieron los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en su condición de titular de la zona de servicio del puerto de Cabo de Palos donde se encontraba la farola causante del daño; de hecho se solicitaron los informes de la Dirección General de Transportes y Puertos, y del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras sobre los daños reclamados.

En cuanto al plazo la reclamación se presentó dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

Por ultimo, respecto al procedimiento seguido, debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses. También se constata la ausencia del trámite de audiencia a la mercantil reclamante, con anterioridad a la propuesta de resolución, lo que evidencia la omisión de un trámite preceptivo, que hubiera conducido, en cualquier otro supuesto, a retrotraer el procedimiento para su cumplimentación. Sin embargo en el presente supuesto y, en atención al carácter favorable del presente Dictamen sobre la estimación de la reclamación, como expondremos seguidamente, así como con fundamento en los principios de eficacia y celeridad que han de inspirar las actuaciones de las Administraciones Públicas (artículo 3 LPAC), el Consejo Jurídico va a entrar a considerar el fondo de la reclamación planteada.

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

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

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

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

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

En el supuesto sometido a consulta se han acreditado los requisitos precitados, corroborados por el parte de la Policía Local de Cartagena (folio 22), en cuanto a la realidad del daño y forma en que se produjo, e informe del Servicio Jurídico Administrativo y de la Junta Arbitral del Transporte de la Dirección General de Transportes y Puertos (folios 67 y 68), que alcanza la conclusión de la evidente relación de causalidad entre el siniestro y el mal funcionamiento del servicio público, y la inexistencia de causas que interrumpieran el nexo causal imputables al reclamante, o a un tercero (el vehículo se encontraba estacionado en una zona permitida).

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Por último, respecto al *quantum* indemnizatorio, la mercantil reclamante aportó un presupuesto inicial de 950,42 euros, elaborado el 31 de agosto de 2004, próximo a la producción del evento lesivo, donde se especifica daños en capota, marco parabrisas y paragolpes delantero. Con posterioridad, y a petición de la instructora, presentó una factura de 19 de febrero de 2004, que asciende a la cantidad de 1.366,58 euros, pero que es anterior a la fecha de la producción del evento lesivo. También se constata que el compromiso referido a que no se ha percibido ninguna otra indemnización por los mismos hechos (folio 41), aportado a petición de la instructora, va referido al 16, y no al 17 de agosto de 2004, fecha en la que ocurrieron los hechos.

Por ello, y en la medida que se remitió oficio al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras para que valorara el daño producido (folio 70), debería de recabarse al objeto de poder determinar la cuantía indemnizatoria, conforme a lo instruido en el expediente.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución debiendo entrar a considerar el fondo de la reclamación presentada (Consideración Segunda), y proceder a su estimación, al concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (Consideración Tercera).

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria habrá de ser determinada en la forma descrita en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 05/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. D., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 12/01/07

Extracto de Doctrina

La doctrina del Consejo de Estado en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que “la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2.396/2003).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de junio de 2003 (registro de entrada), D. A. P. D. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando una indemnización de 2.813,68 euros, como consecuencia de los daños materiales sufridos por un vehículo de su propiedad (marca Volkswagen, modelo Passat 1.9 TDI, con matrícula X) cuando circulaba el 28 de agosto de 2002, a las 0,30 horas, por la carretera de Portmán en dirección a Atamaría (Cartagena), y chocó con varias rocas que se habían desprendido sobre la carretera, carente de alumbrado, procedentes de un talud situado en el margen derecho, que no disponía de una malla de protección, ni tampoco existía soporte o valla junto a la carretera que impidiera el desprendimiento o desplazamiento.

Imputa al funcionamiento del servicio público la falta de previsión de la posibilidad de desprendimientos de rocas en dicha vía y una inactividad en orden a mantenerla expedita y limpia para la circulación, existiendo, en su opinión, relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público viario y el daño alegado.

Manifiesta que, si se solicitara, aportaría al expediente los datos de los testigos que presenciaron el accidente y acompaña fotocopias de tres facturas, así como fotografías del lugar.

SEGUNDO.- Con fecha de 11 de julio de 2003 el instructor del expediente requiere al interesado para que mejore su solicitud con la aportación de varios documentos, y solicita informe a la Dirección General de Carreteras a efectos de determinar, entre otras cuestiones, la titularidad de la carretera, así como recaba el parecer del Parque de Maquinaria dependiente de la citada Dirección General con la finalidad de que se pronuncie sobre el valor de los daños alegados por el reclamante.

TERCERO.- En contestación al requerimiento realizado por el órgano instructor, el reclamante presenta copias compulsadas de su documento nacional de identidad, del justificante de la transferencia del vehículo, de su carnet de conducir, de la póliza del seguro de automóvil, y del recibo del pago de la prima correspondiente. También, a requerimiento del instructor, propone a dos testigos de los hechos.

CUARTO.- Con fecha 28 de julio de 2003 se emite informe por el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria, señalando que la cuantía de los daños reclamados es acorde con el valor real del vehículo.

QUINTO.- El técnico de la Dirección General de Carreteras emite informe el 29 de septiembre de 2003 en el siguiente sentido:

“A) Si bien la carretera donde ocurrió el accidente sí podemos afirmar que pertenece a la red regional de carreteras (MU-314), la realidad y certeza del evento lesivo no podemos confirmarla, ya que la hora a la que sucedió el mismo, las 0,30, no está dentro del horario laboral, por lo que el único dato al respecto es el que proporciona el propio interesado.

B) Es posible que en la fecha del accidente si hubiera tierra del talud en la carretera, y ello por una sencilla razón: en la carretera entera, desde Atamaría a Portmán, se estaban realizando obras correspondientes al proyecto de Acondicionamiento de la MU-314, por lo que es posible que hubiera tierras y rocas en la carretera, pero también es cierto que en dicha fecha el tramo señalado se encontraba cerrado al tráfico de vehículos por lo que la presencia del perjudicado en la misma lo fue en contra de la señalización existente y violentando las vallas de cierre.

C) La actuación inadecuada del perjudicado es notoria si tenemos en cuenta que la carretera se encontraba cortada al tráfico y a pesar de ello el reclamante se aventuró a pasar además con evidente falta de diligencia.

D) La relación de causalidad no existe, puesto que el evento dañoso fue propiciado por la imprudente circulación del perjudicado por la carretera, cuya circulación estaba prohibida y debidamente señalizada por la Administración, tanto al principio del tramo como al final del mismo.

E) Consecuencia de lo anterior es que no se pueda imputar a esta Administración ni a ninguna otra, según nuestro criterio, responsabilidad alguna por lo sucedido al reclamante.

F) Las actuaciones llevadas a cabo para evitar accidentes como el que nos ocupa, hasta la fecha del mismo, fueron: anuncio en prensa del corte de la carretera durante el periodo que duren los trabajos de mejora, con indicación de vía alternativa, corte físico de la misma al comienzo y final del tramo mediante vallas metálicas y tierra; anuncio en las propias vallas y anejos de la existencia de obras y aviso de carretera cortada, así como de la prohibición de circular por ella.

(...)

J) Insistiendo en la actuación culposa del perjudicado, que circuló por la carretera pese a estar cortada, como acreditación de este extremo podemos referir los numerosos escritos de trabajadores del Campo de Golf, vecinos de Portman, que dieron lugar a la apertura de un expediente único de reclamación patrimonial, que solicitan se les compensara por el rodeo que tenían que dar por La Unión para poder llegar a su pueblo, y ello como consecuencia del corte de la carretera durante la ejecución de la obras”.

SEXTO.- Citados los dos testigos, vecinos de la localidad de Portman, propuestos por el reclamante, a quien el instructor solicita el pliego de preguntas a formular, se practica la prueba testifical el 17 de marzo de 2004, según las actas extendidas en las citadas fechas. Al apreciarse una contradicción entre las manifestaciones de los testigos y las del reclamante, en lo referente a la carretera por la que circulaban, el instructor vuelve a practicarla el 22 de

marzo de 2005, en presencia del interesado, y repreguntados por la carretera que circulaban precisan que por la que discurre desde la Playa del Lastre a Portman, y no por la de Portman a Atamaría (folios 76 a 82).

SÉPTIMO.- Con fecha 23 de marzo de 2005, se solicita un nuevo informe a la Dirección General de Carreteras que es evacuado el 4 de abril de 2005 en el siguiente sentido:

“A) Que la carretera por la que circulaba el interesado es sin duda la que éste señaló en su escrito inicial de reclamación, la MU-314, de Portman a Los Belones pasando por Atamaría pues aunque no hayamos podido comprobar personalmente la veracidad del accidente y su lugar de producción éste manifiesta que sobre dicho talud de roca no existía ninguna malla metálica o red de protección ni tampoco había soporte o vaya (sic) junto a la carretera que impidiera el desprendimiento y desplazamiento de dichas piedras. Es evidente que en este relato el compareciente se refiere a la carretera que en la fecha del accidente se encontraba en obras. Carretera que discurre en gran parte a media ladera y cuyos taludes son de roca. Y tal evidencia resulta, además de por la propia declaración del interesado, por exclusión de la que ahora afirma ser por la que circulaba, la de la Playa del Lastre, ya que en el tramo que ésta discurría paralela a la de Atamaría tenía un muro de mampostería en una margen y terraplén en la otra, por lo que difícilmente se podrían desprender rocas de un muro de fábrica.

B) La carretera de la Playa del Lastre a Portman es de titularidad municipal, del Ayuntamiento de La Unión; parte de la carretera MU-314 y llega hasta la referida Playa (...)

Esta carretera que en el tramo inicial fue objeto de actuación durante las obras para modificar el entronque con la MU-314 también se encontraba cortada al tráfico y señalizada convenientemente dado que su acceso a ella tenía que ser a través de la de Portman a Atamaría por lo que incluso para circular por ellas se tendría que violentar las vallas y sortear la señalización.

C) Para corroborar la realidad y certeza del evento lesivo no tenemos datos que nos sirvan de apoyo, tan sólo la declaración del afectado.

D) Las piedras que pudieran ocasionar el accidente procederían del talud de desmonte de la carretera MU-314, sin que necesariamente lo fueran por desprendimiento espontáneo puesto que podrían estar sobre la explanada de la carretera como consecuencia de las obras, por encontrarse cortada al tráfico no era previsible la circulación de vehículos.

E) Nada de fuerza mayor es concurrente en el accidente pero sí lo es la actuación inadecuada de perjudicado ya que era consciente de que circulaba por una carretera cuyo acceso estaba prohibido, señalizado y cortado físicamente con vallas lo que le obligó a sortearlas o violentarlas.

F) Ninguna relación de causalidad puede advertirse entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público, ya que aquél ocurrió como consecuencia de una situación provocada por el perjudicado y la actuación administrativa obedeció en todo momento a cuidar que no ocurriera este tipo de accidentes mediante la adopción de medidas preventivas, tales como anuncio del corte de carretera en prensa, corte físico mediante vallas y cerca metálica y señalización preceptiva (...).”

OCTAVO.- El 13 de abril de 2005 se otorgó trámite de audiencia al reclamante, quien presenta un escrito de alegaciones el 9 de mayo siguiente (certificación en la Oficina de Correos), ratificándose en sus imputaciones a la Consejería consultante y en la cantidad reclamada.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 29 de junio de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no constar acreditados los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente la relación de causalidad entre el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

DÉCIMO.- Con fecha 6 de julio de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos.

En cuanto a la legitimación pasiva, correspondería a la Administración regional si el accidente efectivamente se produjo en la carretera de Portmán en dirección a Atamaría (MU-314), como sostuvo inicialmente el reclamante, y no concurre en el caso de que el accidente se hubiera producido en la carretera que discurre de la Playa del Lastre a Portmán, como finalmente sostiene, al tratarse de un vial de titularidad municipal, aunque esta última versión dada por el interesado sea cuestionada por el técnico de la Dirección General de Carreteras, en razón de las características del tramo que describe en el escrito de reclamación.

La acción se ha interpuesto dentro de plazo, pues el accidente según describe el interesado, aconteció el 28 de agosto de 2002, a las 0,30 horas, y la reclamación se presentó ante la Administración Regional el 3 de junio de 2003 (certificación en la oficina de correos), dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

En cuanto a la tramitación seguida se ha ajustado en términos generales a lo dispuesto en el artículo 6 y ss. del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP), salvo en el plazo máximo para resolver.

TERCERA.- La concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza

mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

El reclamante imputa a la Administración regional un defectuoso funcionamiento del servicio público viario, al considerar que no mantenía el tramo donde se produjo el accidente en condiciones de seguridad y conservación para su utilización y circulación, por la existencia de unas rocas que se habían desprendido sobre la carretera, que procedían de un talud situado en su margen derecho, sin señalizar, de manera que no pudo evitar chocar contra varias de ellas.

Sin embargo, en el presente caso no resulta de las actuaciones practicadas prueba suficiente de los hechos alegados por el reclamante, concretamente del lugar donde se produjo el accidente, ni su conexión causal con el servicio público viario regional. Estos extremos sólo encuentran justificación en la afirmación de dos testigos propuestos por el reclamante, vecinos de Portmán, uno de los cuales contradujo el lugar donde se produjo el accidente según el escrito de reclamación, a raíz de lo cual se cambió la versión sobre el lugar. Además, dichas declaraciones no son confirmadas por otros indicios probatorios, por lo que carecen de valor suficiente para tener por ciertos los hechos que afirman cuando se han detectado las contradicciones que seguidamente se exponen. Ni los servicios de la Administración viaria, ni las fuerzas de seguridad, tuvieron, en su momento, conocimiento del siniestro, ni han podido con posterioridad verificar los hechos alegados por el reclamante, quien reclama tras diez meses de producirse el accidente, lo que también ha contribuido a dificultar la comprobación por la Administración de los hechos relatados.

La insuficiencia de la actividad probatoria va a ser determinante en la decisión sobre la reclamación planteada, ya que, tal como señala el Tribunal Supremo en repetidas sentencias, *“...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama”* (entre otras, Sentencia de 29 de junio de 1988).

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2.396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003, 28/2004 y 85/2004).

Veamos las contradicciones detectadas en la presente reclamación:

1ª) Según la versión inicial del reclamante, el accidente se produjo en la carretera de Portmán en dirección a Atamaría (MU-314), lo que es confirmado también por un testigo (D. P. J. M. R.) quien, ante una pregunta concreta del instructor sobre si circulaba por dicha carretera y si se encontraba cortada al tráfico, contesta afirmativamente manifestando también que existía otra vía alternativa, pero era mucho más larga. De esta versión infiere, en consecuencia, el técnico de la Dirección General que el reclamante conducía por un tramo cerrado al tráfico de vehículos, por lo que la presencia del perjudicado en la misma fue en contra de la señalización existente, y el daño alegado sólo es atribuible a la actuación inadecuada del mismo. Detalla el técnico de la Dirección General (folios 34 y 35) que en aquella época el corte de la carretera fue público y notorio (también lo reconocen los testigos para dicha carretera), anunciándolo en la prensa durante el periodo que duraran los trabajos de mejora con indicación de la vía alternativa; también hubo corte físico al comienzo y final del tramo con vallas metálicas y tierra, anuncios en las propias vallas y anejos de la existencia de obras, así como avisos de carretera cortada y de prohibición de circular por ella. Del corte temporal de la carretera tuvo conocimiento, en su momento, el Consejo Jurídico como consecuencia de la reclamación presentada ante la Consejería consultante por diversos vecinos de Portmán, por el rodeo que tenían que dar para ir a su lugar de trabajo, y que fue objeto de nuestro Dictamen núm. 41/04.

2ª) Dicha versión inicial es contradicha, por primera vez, por el otro testigo D. A. G. M., en la declaración efectuada el 17 de marzo de 2004, de una forma un tanto confusa, pues primero refiere que circulaba por la carretera de Portmán, tras lo cual y, ante una pregunta concreta del instructor sobre si circulaba por una carretera cortada al tráfico, afirma:

“La carretera por la que circulaba no estaba cortada al circular por otra carretera, pero precisa que la carretera por la que circulaban era la que se dirigía a la playa del Lastre. Vistas las fotografías del expediente indican que la carretera que aparece en ellas está situada encima de la carretera por la que circulaban, y según el testigo no se corresponden con el lugar donde tuvo lugar el accidente (...)”.

De dicha declaración se desprende que circulaban por otra carretera, la que se dirigía de la playa del Lastre a Portmán, contradiciendo la versión inicial del reclamante y cuestionando que las fotografías correspondan al lugar del accidente.

3ª) Tras practicar de nuevo el órgano instructor la prueba testifical por las contradicciones descritas, y tomar declaración al reclamante junto a los dos testigos, según las actas obrantes en los folios 76 a 82, ya sí coinciden los tres comparecientes en que el accidente tuvo lugar en la carretera de la playa del Lastre a Portmán. Pero aun así parece existir alguna contradicción si atendemos a alguna respuesta:

Según el acta de la declaración del reclamante (folio 82), cuando se le pregunta en qué tramo tuvo lugar el accidente contesta:

“Aproximadamente unos 100 metros antes de unirse con la carretera de Portmán a Atamaría”.

Sin embargo, el testigo D. P. J. M. R., en su declaración de 22 de marzo de 2005 (folio 79), contesta a la misma pregunta:

“Sucedió en el tramo de pendiente cuando esa carretera se une con la que va en dirección Atamaría”, cuando el reclamante había indicado que fue a 100 metros, aproximadamente, de la unión de ambas.

4ª) Pero esta contradicción es aún más manifiesta si atendemos a determinados datos y aseveraciones contenidos en el segundo informe emitido por el técnico de la Dirección General de Carreteras (folios 92 a 95), no discutidos por el reclamante tras el trámite de audiencia otorgado:

- La carretera de la Playa del Lastre a Portmán parte de la carretera MU-314 y llega hasta la referida Playa. Esta carretera, que en su tramo inicial fue objeto de actuación durante las obras para modificar el entronque con la MU-314, también se encontraba cortada al tráfico y señalizada convenientemente, dado que su acceso a ella tendría que ser a través de la de Portmán a Atamaría, por lo que incluso para circular por ella se tendría que violentar las vallas y sortear la señalización.
- Las piedras que pudieran ocasionar el accidente procederían del talud de la carretera MU-314, sin que necesariamente lo fueran por desprendimiento espontáneo, puesto que podrían estar sobre la explanada de la carretera como consecuencia de las obras, ya que por encontrarse cortada al tráfico no era previsible la circulación de vehículos.
- Es evidente que el reclamante, en su relato, se refiere a la carretera que en la fecha del accidente se encontraba en obras. Carretera que discurre en gran parte a media ladera y cuyos taludes son de roca. Y tal evidencia resulta, además de por la propia declaración del interesado, por exclusión de la que ahora afirma ser por la que circulaba, la de la Playa del Lastre, ya que en el tramo que ésta discurría paralela a la de Atamaría tenía un muro de mampostería en una margen y terraplén en la otra, por lo que difícilmente se podrían desprender rocas de un muro de fábrica.

5ª) Además, haciendo abstracción de las dudas que suscita esta segunda versión, por las razones expuestas con anterioridad, si como ahora sostiene el reclamante el accidente se produjo en la carretera de la Playa del Lastre a Portmán, tampoco cabría imputar a la Administración regional la responsabilidad del daño, puesto que la citada carretera es competencia del Ayuntamiento de La Unión.

En consecuencia, el Consejo Jurídico coincide con el órgano instructor en que no ha quedado acreditado cómo se produjo el daño alegado, ni en qué tramo, ni el nexo causal con el funcionamiento del servicio público viario regional sino, por el contrario, de acuerdo con los informes del técnico de la Dirección General de Carreteras –no cuestionados por el reclamante en el trámite de audiencia otorgado–, se infiere una actuación inadecuada del perjudicado que rompe cualquier relación de causalidad entre el citado funcionamiento y los daños alegados.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 06/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. G. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 12/01/07****Extracto de Doctrina**

*Tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS (Sala 1^a, de 25 de abril de 1994), puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de septiembre de 2004, D. P. A. G. V. E., letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia, en nombre y representación de D. D. G. B. y de los hijos de ésta, D. J. Á., D. M., D. E. y D. M. D. G. G., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (en adelante, SMS), por la muerte del esposo y padre de sus representados, D. Á. G. G., que imputa a la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según los reclamantes, D. Á., de 63 años de edad, el día 3 de octubre de 2003, se sometió en el Hospital Morales Meseguer (en lo sucesivo, HMM) a una colonoscopia. Al finalizar la intervención fue enviado a su domicilio con la advertencia de que si sangraba acudiese al Hospital.

Al día siguiente el paciente empezó a sentir molestias y a sangrar abundantemente, por lo que, avisado el Servicio de Urgencias del HMM, fue trasladado en ambulancia a dicho centro hospitalario, lugar al que llegó sobre las 12:30 y en el que no fue correctamente atendido porque ni se le pautó tratamiento alguno ni se efectuaron pruebas para determinar el origen de la hemorragia. Esta situación se mantuvo hasta las 18 horas en que fue ingresado en planta. A las 23 horas, ante la fuerte hemorragia, la angustia y la tensión baja que presentaba, se indicó una transfusión y fue enviado a reanimación.

Ya en la madrugada del día 5 se le practicó una colonoscopia en la que se apreciaron abundantes restos hemáticos en el colon, aunque no se pudo llegar al ciego, lugar donde

se había extirpado el último pólipo. No se pudo, pues, identificar el punto sangrante. Finalizada la intervención el paciente ingresó en la UCI hasta las 6 horas de ese mismo día en que nuevamente fue intervenido; esta vez se efectuó una laparotomía media en la que se objetivó cirrosis hepática macronodular, dilatación masiva de colon con presencia de sangre roja en colon derecho e izquierdo, por lo que se procedió a colectomía subtotal y anastomosis ileosigmoidea.

La intervención terminó hacia las 11:30 horas, quedando el paciente ingresado en la UCI. Sobre las 17 horas se comunicó a sus familiares que había fallecido. Según informe de UCI el fallecimiento se produjo como consecuencia de una *“hemorragia digestiva baja tras polipectomía colonoscópica. Colectomía subtotal. Coagulopatía secundaria a cirrosis hepática y politransfusión. SOC refractario. Éxito”*.

De lo expuesto, los reclamantes deducen que su esposo y padre falleció como consecuencia de una hemorragia que no se supo prevenir ni controlar a tiempo, ya que:

“a) La analítica preparatoria del día 29 de septiembre de 2003 presentaba unos datos de coagulación por debajo de los límites normales.

b) A pesar de estos datos de la analítica, le intervinieron el día 3 de octubre de 2003, ¿qué medidas tomaron al ser un paciente que presentaba un riesgo claro de hemorragias?

c) ¿Se le informó en algún momento de los posibles riesgos que conllevaba dicha intervención, máxime cuando tenía una analítica patológica?

d) Una vez que ingresó en urgencias sobre las 12:30 horas, con los antecedentes personales que presentaba y con el claro diagnóstico de hemorragia, existió una tardanza injustificada hasta la intervención que se decidió realizar aproximadamente sobre las 06:00 horas del día 5 de octubre de 2003, no olvidemos que nos encontrábamos en la noche del sábado a domingo, en pleno fin de semana.

e) Además volvió a ser reintervenido a las pocas horas, lo que evidencia que la primera intervención había fracasado”.

A estos hechos los reclamantes añaden que una vez fallecido su familiar, cuando intentaron tener acceso a su historia clínica con el fin de despejar las dudas que tenían sobre la asistencia sanitaria que había recibido, aquella les fue primero denegada y luego sólo parcialmente facilitada.

En consecuencia, consideran que existe una evidente relación de causalidad entre la negligente asistencia sanitaria recibida por el Sr. G. y su posterior fallecimiento, por lo que solicitan ser indemnizados con la cantidad total 240.000 euros, que desglosan del siguiente modo: Por el fallecimiento del Sr. G., 130.000 euros para la esposa y 15.000 euros para cada uno de sus cuatro hijos mayores de edad, cantidad que obtienen en aplicación del sistema para la valoración de los perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Por el daño moral, independiente del fallecimiento, que causó la violación del derecho del paciente y de sus familiares a tener acceso a la historia clínica, 50.000 euros (10.000 euros para cada uno)

Solicitan se practiquen las siguientes pruebas:

a) Que se incorpore al expediente la historia clínica completa del paciente obrante en el HMM. Si por la Dirección de dicho Hospital se negase dicho acceso amparándose en

el hecho de que algún facultativo haya opuesto su derecho de reserva, que se identifique a dicho o dichos médicos.

b) Que se permita el acceso de un perito médico designado por los reclamantes, para que pueda examinar la historia clínica completa y recoger los datos necesarios para elaborar un informe pericial.

c) Que se identifique a los facultativos que intervinieron al paciente el día 3 de octubre de 2003, los que le atendieron en el Servicio de Urgencias el día 4 y quiénes le intervinieron quirúrgicamente el día 5.

Acompañan a la reclamación copia de la parte de la historia clínica que les fue remitida por la Dirección del HMM. Asimismo unen copia de la escritura de poder otorgada por los interesados a favor del Letrado Sr. G.-V.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

TERCERO.- Por la instructora se solicita copia de la historia clínica del paciente al HMM e informe de los profesionales que le asistieron. El requerimiento fue cumplimentado con el envío de la copia íntegra de la historia clínica y de los siguientes informes médicos:

– El emitido por el Dr. J. A. S., médico especialista del aparato digestivo, en el que se indica lo siguiente:

“El Dr. S. pertenece a la plantilla de Médicos del Hospital Universitario Morales Meseguer desde el uno de octubre de 1994, colaborando en la consulta y con la Unidad de Endoscopia.

El primer contacto médico-enfermo que tuve con D. Á. G. G. fue el 12 de enero de 2001, el día que se le realizó una gastroscopia diagnóstica, solicitada por la Dra. P. M. el 12 de enero de 2001.

El día 6 de marzo de 2003, el Dr. E. T. atiende al Sr. G. G. en el Centro de Especialidades del Carmen, por Anemia ferropénica y Hepatitis crónica por virus C y se le solicita una Colonoscopia con consentimiento informado firmado por el Sr. G. G. con DNI n° X autorizando a la Unidad de Endoscopia del Hospital Morales Meseguer a realizarle colonoscopia diagnóstica, toma de biopsias, polipectomías y terapéutica sobre diferentes tipos de lesiones.

La Unidad de Endoscopias cita al Sr. G. G. para la realización de dicha exploración para el día 13 de junio de 2003.

La Dra. M. realiza la prueba el día 13 de junio de 2003 y le diagnostica de pólipo de colon que decide no extirpar en ese momento para proceder a la realización de pruebas de coagulación recientes, necesarias para proceder a la polipectomía en este paciente dada su hepatografía. Se le entrega al paciente solicitud de analítica y anotando al pie de la misma solicitud de la endoscopia (con el consentimiento informado y firmado por el Sr. G. G. en el cual se le informa de las posibles complicaciones, como hemorragias perforaciones que pueden conducir a la necesidad de cirugía urgente con los riesgos que puede implicar, esta información se encuentra en el impreso de la solicitud de la colonoscopia), citar polipectomía en septiembre

Se cita al Sr. G. G. para el día 3 de octubre de 2003 para la realización de polipectomía.

El Dr. S. examina la solicitud de la polipectomía que la encuentra correcta con la firma del consentimiento informado por el paciente y los resultados de la analítica realizada el 29 de septiembre de 2003 con cifras de recuento de plaquetas de 88.000, actividad de protrombina de 58% y tiempo de tromboplastina parcial de 1 '20 que se encuentra dentro de los valores exigidos para la realización de polipectomías. A este efecto puede consultarse el Tratado de Endoscopia Digestiva del Dr. S. F. L. de la Universidad de Granada, donde se fijan las cifras de protrombina por encima de valores entre 50-60 % y las plaquetas por encima de 70.000.

A la vista de estos resultados se procede a la realización de la exploración sin tener ninguna complicación ni sangrados, recuperando algunos pólipos y perdiendo otros en el lago de heces, debido a que la preparación del paciente no había sido completamente efectiva. En este sentido cabe señalar que es relativamente frecuente que la preparación previa en las colonoscopias deje restos de heces, lo que no impide realizar la polipectomía siempre que pueda aislarse la zona de realización de la misma. Cuando en el ciego hay lago líquido, tampoco es infrecuente que los pólipos resecaos se pierdan al aspirar su contenido.

Terminada la exploración se le advierte al paciente de las posibles complicaciones que se pueden producir en los 10-15 días postexploración.

El Dr. S. está completamente seguro que en todo momento ha actuado según lex artis, de acuerdo con las exigencias y recomendaciones de las Asociaciones Internacionales y Nacionales de Endoscopia Digestiva.

ENDOSCOPIA DIAGNÓSTICA Y TERAPÉUTICA.

Que define: la actividad médica se basa en la prestación de un servicio de atención al paciente, con el fin no infalible de su posible alivio y curación.

INDICACIONES DE UN APOLIPECTOMÍA.

Todo pólipo debe ser extirpado y ello debe hacerse endoscópicamente, siempre que sea posible. La polipectomía tiene una finalidad diagnóstica y una finalidad terapéutica con el fin de que la extirpación endoscópica del pólipo sea terapéutica suficiente y haga innecesaria la cirugía.

FRECUENCIA DE LAS COMPLICACIONES DE LA POLIPECTOMÍA ENDOSCÓPICA.

Las complicaciones de la polipectomía endoscópica se producen en un 0'1- 2'8 % de los casos, pero no precisan solución quirúrgica más allá del 0'5%. La perforación se produce en el 0'1-0'4 %y la hemorragia al 0'3-27 %. La mortalidad es del 0-0'1%.

CONTRAINDICACIONES DE LA POLIPECTOMÍA ENDOSCÓPICA.

Son muy escasas. Aparte de las propias de la colonoscopia diagnóstica, muy poco frecuentes, pueden considerarse como específicas de la polipectomía el trastorno de la coagulación, siempre que sea grave e incorregible ni siquiera transitoriamente.

TÉCNICA

Así pues, siempre que se cuente con el consentimiento informado firmado por el enfermo, puede extirparse el pólipo en el momento en que se diagnostica, salvo en los mencio-

nados casos de hipocoagulabilidad, en que debe demorarse la polípectomía hasta disponer del estudio de coagulación”.

– Informe emitido por los Dres. M. G., Jefe de Sección de Cirugía y Aparato Digestivo, y A. A., Jefe de Servicio de Cirugía y Aparato Digestivo, del siguiente tenor:

“Asistencia al paciente Á. G. G. desde las 12’30 horas del día 04/10/03 hasta la mañana del día 05/10/03, por el Servicio de Cirugía de este Hospital

1.- El paciente dio los datos a urgencias a las 12 h. 27’ del día 04/10/03, según consta en la hoja de toma de datos (folio 9).

Según el abogado que presenta la reclamación, fue asistido por el cirujano de guardia, Dr. D. M., a las 12 horas 30’, es decir 3 minutos después de dar los datos en Admisión de urgencias. Se realizó la historia clínica, recogiendo la anamnesis del paciente y familiares y se reclamó la historia clínica de archivos. Se cursó una analítica urgente. La T.A. y la F.C. eran estables, el paciente se encontraba bien y la analítica demostró un valor de hematocrito de 36’7% y de hemoglobina de 12’4 gr, con 96.000 plaquetas, 56% de actividad de protombina. Es decir, estabilidad hemodinámica y leve alteración anémica (folios 7,9 y 58-59).

Se recuperó el informe de la colonoscopia y polipectomía realizada el día anterior (03/10/04): extirpación de 6 pólipos en varias zonas, desde el sigma hasta el ciego (Dr. S.) (folio 4).

Se indicó el ingreso hospitalario y se inició tratamiento con fluidoterapia intravenosa, monitorización clínica y analítica del número de deposiciones y posible anemización, así como tratamiento de la coagulopatía con vitamina K y petición urgente de colonoscopia para primera hora del día siguiente (ver hoja de tratamiento folio 43). Ante el buen estado general del paciente se permitió la ingesta de una dieta líquida.

El paciente ingresó en planta a las 18 horas, previamente el Dr. H. T., rellenó una nueva historia clínica muy similar a la previa, indicando que a esa hora (17 h 50’), el estado del paciente era idéntico al de unas horas antes (folio n° 7).

En la planta de hospitalización pasó la tarde bien, con constantes estables, aunque tuvo una deposición con restos hemáticos (ver anotación de enfermería de planta folio 56) realizada a las 22 horas, hora del cambio de turno de enfermería. A las 0 horas 30’ la enfermera del turno de noche avisa al cirujano de guardia por un nuevo episodio de rectorragia, esta vez asociado a lipotimia y discreta hipotensión (TA 90/50, FC 60’). La analítica realizada en ese momento (pedida ya al ingreso del paciente para monitorización) mostró que el valor hematocrito había disminuido a 28’5%. Se indica transfusión de 2 unidades de concentrado de hematies y 6 unidades de plasma. Se pide colonoscopia urgente y se traslada al paciente a reanimación aunque mejora rápidamente tras aumentar el ritmo de fluidoterapia, para una mejor monitorización (folio 42). Se informa a paciente y familiares de la gravedad de la situación. La colonoscopia no pudo identificar el punto sangrante (Dra. O., folio 3). Ante la ausencia de un diagnóstico de localización del foco de la hemorragia, en un paciente con hepatopatía crónica severa por virus C y coagulopatía asociada, se optó por tratamiento conservador con monitorización intensiva, ya que además el probable origen de la hemorragia debía ser alguna pequeña escara de polipectomía, por lo que decidimos su traslado a UCI, ya que no había sangrado activo en ese momento (folio n° 1), donde ingresa con TA 120/60 y FC 80’, consciente y orientado (Dr. E.). En UCI a

las 2-3 horas de su ingreso, sufre hipotensión y severa rectorragia, por lo que decidimos llevarlo a quirófano a las 6'00 h de la mañana se inicia la intervención (folios 10 y 67). Previamente se había obtenido el consentimiento informado de familiares para la cirugía (folio 71 y 72) y anestesia (folio 73 y 74).

Durante la intervención inicial se objetiva cirrosis masiva macronodular, ascitis, hipertensión portal y dilatación de todo el colon con sangre y aire. Se intenta identificar el origen de la hemorragia mediante colonoscopia intraoperatoria transanal y a través de una colotomía transversa, sin conseguirse objetivar. Se decide practicar una colectomía subtotal con anastomosis ileosigmoidea, durando la cirugía algo más de 4 horas (Cirujanos: Dr. M., Dr. C., Dr. M.. Anestestistas: Dra. S. y Dra. O., folios 77 y 78). La coagulación se encontraba muy alterada por la hepatopatía, la politransfusión y la hipotermia (folio 2 y 10), sin conseguirse normalizar a pesar de politransfusión de plaquetas y plasma y presentando sangrado difuso por las superficies cruentas, difícilmente controlable a pesar de ser reintenido quirúrgicamente esa misma mañana de 13 horas a 14 horas 45' (Cirujanos: Dr. M., Dr. T. y Dra M.. Anestestistas: Dra. C.) (folio 75). El paciente fue exitus esa misma tarde con el diagnóstico principal de:

Hemorragia digestiva baja tras polipectomía endoscópica. Colectomía subtotal.

Coagulopatía secundaria a cirrosis hepática y politransfusión. Shock refractario. Diagnóstico secundario: HTA. Cirrosis por virus C. Diabetes (Dr. J.) (folio 11). En resumen:

La asistencia realizada al paciente Á. G. G. desde su ingreso en urgencias a las 12 horas 27' del día 04/10/03 hasta su exitus letalis el día 05/10/03 por la tarde, ha sido correcta y probablemente se puede calificar de intensiva y de alta calidad, pese a lo cual no ha podido evitarse el desenlace fatal que lamentamos grandemente, uniéndonos al dolor de los familiares”.

Junto con esta documentación el Director Gerente del HMM facilita a la instrucción los datos relativos a los Dres. que atendieron al Sr. G., según el siguiente detalle:

- El día 3 de octubre de 2003, por el Dr. J. A. S., Médico Especialista del Aparato Digestivo.
- El día 4 de octubre de 2003, en el Servicio de Urgencias, por el Dr. A. H. T., Médico Residente de Medicina Familiar y Comunitaria y por el Dr. D. M. G., Jefe de Sección de Cirugía General y Aparato Digestivo.
- El día 5 de octubre de 2003 fue intervenido por los cirujanos Dr. D. M. G., Dr. L. C. G. y Dr. J. G. M. L., y ese mismo día, en su segunda intervención, por los cirujanos Dr. J. G. M. L., Dr. J. A. T. M. y Dra. J. M. P.

CUARTO.- Con fecha 20 de octubre de 2004 la instructora dirige escrito al letrado de los reclamantes poniendo a su disposición la historia clínica del paciente, y comunicándole la aceptación de los medios de prueba propuestos en el escrito de interposición de su reclamación, abriendo un plazo de 30 días para su práctica.

QUINTO.- Mediante Providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia se reclama al SMS copia del expediente correspondiente a los interesados, al haberse anunciado por estos interposición de recurso contencioso administrativo contra la denegación por silencio administrativo de su reclamación.

SEXTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 13 de diciembre de 2005, con las siguientes conclusiones:

“– La actuación médica previa a la polipectomía fue prudente, realizándose control analítico. No se observó en el procedimiento endoscópico ninguna manifestación que fuese indicación para el ingreso del paciente.

– El paciente fue seguido y controlado por facultativo y otro personal sanitario durante su estancia en urgencias y en cirugía. Se realizaron las pruebas complementarias pertinentes para vigilar evolución. Se dieron los pasos para contrarrestar posibles complicaciones.

– La vigilancia, una vez accede a nivel de cuidados intensivos y continua el sangrado activo, es exhaustiva y no se puede achacar a la actuación profesional en este Servicio el resultado evidenciado”.

El informe propone la desestimación de la reclamación.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados (reclamantes y Z. E., aseguradora del SMS), esta última presenta informe colegiado de cuatro facultativos especialistas en Cirugía General y Digestivo, en el que tras efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen afirmando lo siguiente:

“1. El paciente se había realizado una colonoscopia en junio de 2003 descubriéndose tras la misma un pólipo que no se extirpa por no disponer de analítica reciente.

2. El paciente presentaba antecedentes de anemia crónica y hepatopatía por virus C.

3. Es citado de nuevo en octubre de 2003, para la extirpación del mismo por colonoscopia.

4. La indicación de colonoscopia y polipectomía era correcta.

5. El paciente firma el documento de CI para la realización de polipectomía, en el mismo se expone que el diagnóstico por el que se indica es anemia ferropénica más hepatopatía crónica.

6. La analítica sanguínea no descartaba la realización de una polipectomía endoscópica,

7. La exploración se realizó en tiempo y forma correcta. Se dio de alta con recomendaciones, no existiendo ni clínica, ni sintomatología que hicieran necesario el ingreso del paciente.

8. Ingresó en la urgencia del HMM por un cuadro de rectorragias sin repercusión hemodinámica.

9. Tanto la rectorragia como la perforación son riesgos típicos del procedimiento aunque su incidencia es muy escasa.

10. La hemorragia tras polipectomía se cifra en un 0.3 a 2.7%, siendo la mortalidad entre 0 y 0.1%.

11. De manera correcta se ingresa al paciente en observación iniciándose un tratamiento conservador, de manera correcta.

12. *No se evidencian demoras en la aplicación del tratamiento, ni médico, ni quirúrgico, cuando se hizo necesario.*

13. *Ante una rectorragia sin repercusión tensional y con analítica prácticamente normal, el tratamiento quirúrgico de entrada no está indicado.*

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

Los reclamantes no comparecen ni formulan alegación alguna.

OCTAVO.- El 10 de mayo de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no concurrir los requisitos legalmente exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el desgraciado fallecimiento del paciente y el funcionamiento de los servicios públicos asistenciales.

NOVENO.- En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen al Consejo Jurídico, mediante escrito recibido el pasado 23 de mayo de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, representación, procedimiento y plazo de reclamación.

Los reclamantes fundamentan la legitimación en su condición de cónyuge e hijos del fallecido, circunstancia que se deriva del expediente, de lo que se infiere su condición de interesados, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 (RRP). La representación con la que actúa el letrado Sr. G.-V., viene debidamente conferida en escritura de poder notarial que se acompaña a la reclamación (artículo 32.3 LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional y el órgano competente para resolver el procedimiento es el titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

Por último, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el fallecimiento se produjo el 5 de octubre de 2003 y la acción de reclamación se presentó el 22 de septiembre de 2004.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS (Sala 1ª, de 25 de abril de 1994), puede con-

densarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Para los interesados, el fallecimiento de su esposo y padre sería imputable, por un lado, a la mala praxis médica de los facultativos que le efectuaron la polipectomía colonoscópica, que lo hicieron pese a que la analítica preoperatoria del día 29 de septiembre de 2003 presentaba unos datos de coagulación por debajo de los límites normales, sin que, además, se advirtiera al paciente del riesgo que entrañaba la intervención, y, por otro, a que los médicos que lo atendieron en el Servicio de Urgencia cuando ingresó con una fuerte hemorragia, no actuaron con la diligencia y eficacia que resultaba exigible, lo que tuvo como consecuencia última el óbito del Sr. G..

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados por el hecho de haber realizado una intervención quirúrgica no indicada ante los niveles de coagulación que presentaba el paciente y, posteriormente, no haber atendido debidamente la hemorragia que se produjo, cuestiones que aparecen íntimamente ligadas a la “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado*

e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.

Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como una mala praxis médica seguida de una omisión de medios, pues consideran los interesados que, en primer lugar, la intervención no debió llevarse a cabo, pero que efectuada ésta se debieron extremar las precauciones para evitar o, en su caso, atajar una hemorragia. La determinación de si tales circunstancias concurrieron o no, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación que se imputa a la Administración.

Para alcanzar dicha conclusión es necesario un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales médicos aportados por los reclamantes (anuncian que lo presentarán, pero finalmente no lo hacen), no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de la efectividad de la intervención, así como de la posterior hemorragia y del fatal desenlace, pues si bien ello permite considerar acreditado el daño, no prueba que éste derive de una deficiente asistencia prestada.

Y es que, ante la pasividad probatoria de los reclamantes, las únicas valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos vienen constituidas por los informes de los médicos que atendieron al paciente (transcritos en los antecedentes del presente Dictamen), el informe de la Inspección Sanitaria (folios 308 a 313) y el dictamen médico aportado por la compañía de seguros (folios 316 a 322).

Según afirma el Dr. S., la polipectomía se lleva a cabo cuando se conocen los resultados de las pruebas de coagulación efectuadas días antes (cuatro) de la intervención, y se actúa de este modo porque las cifras que arrojaba la analítica (recuento de plaquetas: 88.000, actividad de protrombina de 58% y tiempo de tromboplastina parcial de 1,20) se encontraban dentro de los valores exigidos para la realización de la polipectomía (cita para avalar sus afirmaciones el Tratado de Endoscopia Digestiva del Dr. S. F. L. de la Universidad de Granada –folio 53–). La intervención se desarrolla sin complicaciones que aconsejaron una actuación diferente de la que se llevó a cabo de enviar al paciente a su casa con las recomendaciones pertinentes. La aparición de una hemorragia postpolipectomía constituye una complicación de las previstas para este tipo de intervención, circunstancia de la que fue advertido el paciente (consentimiento informado que obra al folio 70 del expediente).

Por otro lado los médicos que atendieron al Sr. G. los días 4 y 5, también informan pormenorizadamente de la asistencia que se le prestó desde que ingresó en el Servicio de Urgencias del HMM hasta su fallecimiento. En dicho informe, que ha sido transcrito en el antecedente tercero del presente Dictamen, se recogen todas las pruebas e intervenciones que se efectuaron, lo que descalifica totalmente la afirmación de los reclamantes sobre la pasividad del personal facultativo ante la situación de su esposo y padre.

Por su parte la Inspección Médica afirma que el estudio de coagulación, hemograma y bioquímica que se llevó a cabo el día 29 de septiembre de 2003, se encontraba *“dentro de los límites razonables”*. En el posterior procedimiento endoscópico no se observó ninguna circunstancia que aconsejase el ingreso del paciente. Finalmente, el Sr. G., una vez ingresó en el Servicio de Urgencias, fue seguido y controlado por el personal sanitario del Hospital: Se realizó petición de hemograma, bioquímica, coagulación radiología simple (folio 253); una vez trasladado a planta de Cirugía General se le prescribe: dieta líquida, suero glucosalino, control del número y características de las deposiciones, cursar hemograma a las 22:30 horas, constantes por turno, glucometer cada seis horas, vitamina K, cursar petición de colonoscopia (folio 100). Aparecen luego las anotaciones de los turnos de tarde y de noche, en las que se observa que la sintomatología del paciente era puntualmente seguida, aplicando las técnicas adecuadas para hacer frente a cada complicación que surgía, incluidas las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido. También la asistencia recibida en la UCI es, según la Inspección Médica, *“exhaustiva y no se puede achacar a la actuación profesional en este Servicio el resultado evidenciado”*.

El informe aportado por la aseguradora tampoco aprecia mala praxis médica. Indica, al igual que la Inspección, que la *“colonoscopia se llevó a cabo de manera correcta, estaba totalmente indicada y la analítica no contraindicaba la realización de la misma”*. La exploración se llevó a cabo sin incidencias, no existiendo ni clínica, ni sintomatología que hicieran necesario el ingreso del paciente. La rectorragia que se produjo tras la intervención es, junto con la perforación, riesgo inherente a este tipo de intervenciones, de lo que el paciente fue debidamente informado. Una vez presentada la hemorragia el problema fue debidamente abordado mediante la aplicación, sin demora alguna, de un tratamiento conservador, ya que el tratamiento quirúrgico no estaba en principio indicado, al tratarse de una rectorragia sin repercusión tensional y con analítica prácticamente normal (folio 322).

Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, y a pesar del limitado valor probatorio que puede otorgarse al informe pericial de la compañía aseguradora, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por los reclamantes que no dejan de ser meras afirmaciones de parte realizadas por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico. Correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de una omisión del tratamiento exigido por la ciencia médica, o la aplicación de uno inadecuado, no cabe entender acreditada la existencia de nexo causal entre el fallecimiento del paciente y el funcionamiento del servicio sanitario público, procediendo en consecuencia confirmar, en este aspecto, la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Igual suerte ha de correr la pretensión de los familiares del Sr. G. de obtener una indemnización como consecuencia del daño producido por la falta de información antes y después de su fallecimiento. En efecto, aparecen incorporados al expediente varios consentimientos informados firmados por el paciente, en los que se describen las intervenciones que se van a efectuar y se le advierte de los riesgos que conllevan. Consta, además, al folio 255, que se informa a los familiares de la situación del paciente cuando éste es ingresado por rectorragia. Por otro lado, cuando los familiares solicitan al HMM la historia clínica, el Hospital envía la practica totalidad de la misma, y, finalmente, cuando se requiere su remisión por la instructora la historia se incorpora completa al expediente, poniéndose a disposición de los reclamantes que retiraron copia de ella mediante comparencia efectuada el día 4 de marzo

de 2005 (folio 258). No se ha producido, pues, la desinformación alegada, sin que quepa, por lo tanto, estimar que haya concurrido daño alguno por esta causa.

A tenor de lo expuesto, no puede apreciarse la existencia de un daño imputable a la Administración, puesto que el fallecimiento del paciente no se produjo con ocasión de la prestación del servicio público sanitario, sino que, por el contrario, fue una lamentable consecuencia de la enfermedad que le afectó, de modo que no es posible concluir que exista un daño antijurídico que pueda ser imputado a la Administración.

No habiéndose apreciado, en este caso, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta innecesario examinar la valoración del daño, su cuantía y el modo de la indemnización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 07/07.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba una modificación puntual de las Directrices de la Ordenación del Litoral de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Industria y Medio Ambiente (2005)

Fecha: 15/01/07

Extracto de Doctrina

1. Sobre el carácter el Dictamen del Consejo Jurídico, en relación con los instrumentos de ordenación del territorio, concretamente con las Directrices de las que forma parte el precepto afectado (artículo 43), según la Disposición Final Primera del Decreto 57/2004, cuyo ámbito de aplicación se restringe a través de la modificación propuesta, este órgano consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiterados Dictámenes (por todos, los núms. 46/2004 y 136/2005), habiendo sido objeto de recopilación nuestra doctrina en la Memoria correspondiente al año 2004, a cuyas consideraciones nos remitimos.

2. El acuerdo de aprobación inicial de un instrumento de ordenación del territorio (folios 22 a 24) es un acto trámite que no impide la continuación del procedimiento y que, por tanto, no es recurrible a tenor de lo previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), salvo en los efectos de suspensión de autorizaciones y

licencias, es decir, cuando el acuerdo lleve aparejado dichas medidas cautelares, lo que no concurrió en el presente caso, pues en tales supuestos el Consejo Jurídico ha puesto de manifiesto (Dictamen núm. 188/2006) que, cuando se trata de actos trámites que implican la adopción de una serie de medidas cautelares (suspensión de licencias, etc.), son susceptibles de producir indefensión a los afectados y, por tanto, recurribles en los términos expresados por el artículo 107.1 LPAC.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de marzo de 2006, la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo remitió al titular de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas, perteneciente a la Consejería de Industria y Medio Ambiente, una propuesta de modificación del Decreto 57/2004, de 18 de junio, por el que se aprueban las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia, consistente en la inclusión de una nueva Disposición Adicional del siguiente tenor:

“No será de aplicación lo dispuesto en el artículo 43 de la normativa anexa al presente Decreto en el supuesto de suelos urbanizables cuyo aprovechamiento global sea residencial y se destine exclusivamente a vivienda de protección pública”.

Justifica dicha propuesta en que el artículo 43 de la normativa de las Directrices de Ordenación Territorial del Litoral (DOT, en lo sucesivo) establece, para los nuevos desarrollos urbanísticos de uso global residencial, la obligatoriedad de destinar como mínimo el 25% de su aprovechamiento para usos turísticos, porcentaje que se reduce al 20% en los municipios de Fuente Álamo y Torre Pacheco, siendo contradictoria dicha previsión cuando los desarrollos se destinen exclusivamente a vivienda de protección pública, que debe ser favorecida, al igual que se contempló en la modificación de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, a través de la Ley 2/2004, de 24 de mayo, que introdujo la posibilidad de calificar suelo destinado a la localización de vivienda de protección pública.

SEGUNDO.- El Jefe de Servicio de Costas de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas emite informe el 17 de abril de 2006, sobre la modificación propuesta (IOT 190/2006):

“La modificación del asunto de referencia tiene por objeto la no aplicación del artículo 43 de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia a los suelos urbanizables de uso global residencial, cuyo aprovechamiento se destine exclusivamente a vivienda de protección pública.

Esta propuesta de modificación supone ajustar el modelo territorial establecido en las Directrices en consonancia con el artículo 3 de la Normativa de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia.

Del texto y la justificación incluida en la propuesta, se trata de una modificación que no afecta de forma esencial al contenido de las Directrices de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia lo que deberá tenerse en cuenta en su tramitación de conformidad con el artículo 23 de la Ley del Suelo Regional”.

TERCERO.- Tras lo cual, se inicia la tramitación de la modificación propuesta, como modificación no sustancial de las DOT, conjuntamente con otras dos (IOT 198/2005 y 43/2006), que no son propuestas en el presente expediente, recabándose los informes de la Demarcación

de Costas del Estado, de la Dirección General de Administración Local, así como del Secretario Autonómico de Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente al objeto de que determine, este último órgano, si la modificación indicada debe ser objeto de evaluación ambiental estratégica, o si considera que no es necesaria debido a su escasa relevancia.

CUARTO.- La Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente emite informe el 12 de junio de 2006 en el sentido de que la modificación propuesta no afecta al ámbito de sus competencias.

QUINTO.- La Comisión Técnica de Evaluación de Impacto Ambiental, en su sesión de 29 de septiembre de 2006, acuerda que la modificación del artículo 43 de la normativa de las DOT no es sustancial a los efectos ambientales, por lo que no es necesario realizar el procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica. Congruentemente con dicho acuerdo, la Resolución del Director General de Calidad Ambiental, de 25 de octubre de 2006, tras las consultas realizadas a distintas Consejerías, Ayuntamientos afectados, y a la Delegación de Gobierno, establece que no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, siendo finalmente publicada en el BORM de 15 de diciembre de 2006.

SEXTO.- Por Orden del titular de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, de 11 de octubre de 2005, al amparo de lo previsto en el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (en lo sucesivo TRLSRM), se acuerda aprobar inicialmente, y someter a información pública durante 20 días, la modificación de la Disposición Adicional Tercera del Decreto 57/2004, mediante la adición de un nuevo párrafo:

“No será de aplicación lo establecido en el artículo 43 de la normativa anexa al presente Decreto en los tres casos siguientes:

(...)

– Para los suelos urbanizables cuyo aprovechamiento global sea residencial y se destine exclusivamente a vivienda de protección pública”.

Dicha Orden, y una corrección de errores ulterior, son publicadas en el BORM de 19 de octubre y 11 de noviembre de 2006, respectivamente. También se publica la aprobación inicial y el trámite de información pública en dos diarios regionales (folios 43 y 44), así como se otorga audiencia por plazo de un mes a las Consejerías que integran la Administración regional, a los Ayuntamientos afectados, y a departamentos interesados de la Administración General del Estado (folios 48 a 89).

SÉPTIMO.- Constan los siguientes informes de los organismos consultados:

- El Servicio de Planificación de Infraestructuras Turísticas de la Dirección General de Infraestructuras de Turismo emite un informe el 31 de octubre de 2006, en el que no aprecia obstáculos a esta modificación por dos razones: 1ª) su repercusión en el modelo turístico de las Directrices es muy limitada, ya que en la práctica es poco frecuente que un sector residencial se destine sólo y exclusivamente a viviendas protegidas; 2ª) permite dedicar íntegramente el 100% del aprovechamiento a la construcción de este tipo de viviendas, lo que puede facilitar el acceso a la vivienda, que es uno de los principios constitucionales que debe orientar la ordenación del uso del suelo.
- El Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda, por escrito de 26 de octubre de 2006 (registro de entrada de 6 de noviembre siguiente), no realiza

observaciones al no afectar a competencias de sus órganos directivos. Tampoco tiene nada que objetar el Secretario General de la Consejería de Sanidad, según el escrito de 14 de noviembre del mismo año, registrado de salida el 24 siguiente.

- El Alcalde del Ayuntamiento de Torre Pacheco, por escrito de 17 de noviembre de 2006, manifiesta su conformidad con la modificación propuesta, si bien considera que debe ampliarse la excepción a los supuestos de crecimientos naturales de los núcleos urbanos de Torre Pacheco, Dolores de Pacheco y Santa Rosalía-Camachos.
- El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio remite un informe del Subdirector General de Infraestructuras y Normativa Técnica a los efectos previstos en el artículo 26.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
- La Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente envía un segundo informe de 15 de noviembre de 2006, en el que manifiesta que no tiene nada que objetar a la modificación puntual relativa al artículo 43 de la normativa de las DOT.

OCTAVO.- Tras el estudio de los informes citados en el Antecedente anterior por parte de los servicios técnicos y jurídicos de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas (folios 110 a 112), se completa el expediente con las siguientes actuaciones:

- Informe económico del Subdirector General de Ordenación del Territorio y Costas, de 1 de diciembre de 2006, que concluye que la modificación no lleva implícita la generación de gasto económico alguno, siendo su ulterior desarrollo y ejecución los que obligatoriamente deberán concretar el Plan de inversiones y los compromisos de gastos que, en su caso, pudieran llevar aparejadas.
- Memoria justificativa sobre la oportunidad y necesidad de la modificación puntual de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia, por el mismo órgano precitado y en la misma fecha.
- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, de 5 de diciembre de 2006, favorable a la modificación.
- Informe sobre impacto por razón de género del Vicesecretario de la Consejería consultante, que afirma que el Proyecto no contiene disposiciones que impliquen discriminación, pues afecta por igual a hombres y mujeres.
- Informe jurídico del mismo Vicesecretario, de 5 de diciembre de 2006, informando también favorablemente el expediente.

NOVENO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe el 19 de diciembre de 2006 favorable en cuanto a su contenido, en la medida que la modificación propuesta no contradice el ordenamiento jurídico, ni crea situación de privilegio, si bien echa en falta una mayor justificación de carácter técnico. También que debe incorporarse al expediente la documentación que cita (folios 131 a 132).

DÉCIMO.- Con fecha 27 de diciembre de 2006 (registro de entrada), se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el Proyecto de Decreto por el que se modifican las Directrices de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia conforme a la versión diligenciada el 23 de diciembre anterior.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El proyecto sometido a consulta consiste en una modificación al Decreto 57/2004, de 18 de junio, por el que se aprueban las “Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia”, por la que se adiciona un nuevo apartado a su Disposición Adicional Tercera, para excepcionar, en el caso de suelos urbanizables cuyo aprovechamiento global sea residencial y se destine exclusivamente a vivienda de protección pública, el deber de destinar un 25% (20% en los municipios de Torre Pacheco y Fuente Álamo), como mínimo, de su aprovechamiento exclusivamente a usos turísticos (establecimientos hoteleros y apartamentos turísticos), según las previsiones del artículo 43 de la normativa de las DOT para los nuevos desarrollos urbanísticos del área afectada por dicho instrumento.

Se ha recabado el Dictamen por el órgano consultante con carácter preceptivo, de acuerdo con el artículo 12.5 de nuestra Ley de creación (Ley 2/1997, de 19 de mayo).

Sobre el carácter el Dictamen del Consejo Jurídico, en relación con los instrumentos de ordenación del territorio, concretamente con las Directrices de las que forma parte el precepto afectado (artículo 43), según la Disposición Final Primera del Decreto 57/2004, cuyo ámbito de aplicación se restringe a través de la modificación propuesta, este órgano consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiterados Dictámenes (por todos, los núms. 46/2004 y 136/2005), habiendo sido objeto de recopilación nuestra doctrina en la Memoria correspondiente al año 2004, a cuyas consideraciones nos remitimos.

SEGUNDA.- Tramitación seguida y documentación.

La Consejería consultante se ha ajustado adecuadamente a los dos procedimientos previstos en la normativa regional que afectan a la elaboración del proyecto sometido a consulta: en tanto modificación de un instrumento de ordenación del territorio, se han seguido los trámites específicos previstos para alterar las DOT en el artículo 23 TRLSRM; por otra parte, en tanto disposición de carácter general, se ha completado con los trámites exigidos, con carácter general, por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. Por tanto, cabe afirmar lo completo del procedimiento seguido debiendo realizarse, no obstante, las siguientes consideraciones:

1ª. La iniciativa para la elaboración de la presente modificación puntual de las Directrices ha correspondido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, concretamente a la Dirección General competente en materia de vivienda, con el objeto de facilitar la promoción de suelo destinado a vivienda protegida, según se detalla en la propuesta inicial obrante en el expediente (folios 1 y 2), y en el informe jurídico del Vicesecretario de la Consejería de Industria y Medio Ambiente (folio 122).

Dicha iniciativa está prevista en el artículo 22.1 TRLSRM, sin perjuicio de que corresponda su tramitación a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio, que es la proponente, de acuerdo con el 22.4 del Texto Refundido ya citado.

Con independencia del fin loable de la modificación propuesta (facilitar la promoción de suelo destinado a vivienda protegida), se echa en falta en el expediente una mayor justificación técnica por parte del órgano que tiene la iniciativa y redacta la modificación, detallando lo que resume en el escueto párrafo que justifica la misma:

“En algunos casos se ha puesto de manifiesto la contradicción entre la obligatoriedad de reserva de suelo para usos turísticos y la de suelo para vivienda protegida, que no tiene mucha razón de ser en zonas eminentemente turísticas, como tampoco la tiene la reserva de usos turísticos en áreas preferentemente residenciales del interior o ensanche urbano donde no exista una demanda para el uso turístico”.

Pero tampoco la Consejería proponente, a la que corresponde coordinar las diversas competencias sobre las que inciden las DOT, desarrolla la motivación técnica, exigida por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, que detalle en qué aspectos la modificación repercute sobre el modelo territorial propuesto por las Directrices, si se tiene en cuenta que el informe del técnico del centro directivo competente en materia de ordenación del territorio (folio 3) manifiesta que la modificación supone ajustar dicho modelo, y el preámbulo del Proyecto de Decreto sometido a consulta expresa (párrafo cuarto) que la modificación “se fundamenta en la falta de justificación de la reserva de suelo turístico en áreas residenciales de interior, donde no siempre existe demanda de uso turístico (...)”, puesto que “en apariencia”, la modificación proyectada parece tener otras finalidades que no se traducen en la redacción propuesta en el articulado del proyecto. Por ello, el Consejo Jurídico recomienda que se complete la motivación técnica sobre las repercusiones de la modificación propuesta, al igual que el informe del órgano preinformante.

2ª. En cuanto a la tramitación, la Consejería proponente ha seguido el procedimiento abreviado previsto en el artículo 23 TRLSRM para aquellas modificaciones que traten de cambiar algún aspecto no sustancial de las Directrices, sin afectar de forma esencial a su contenido. Encontrándonos ante dos conceptos jurídicos indeterminados (sustancial y esencial), cuya casuística plantea a la hora de concretarlos ciertas dificultades, como puso de manifiesto el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 45/00, resulta especialmente relevante la motivación técnica para encauzar la modificación planteada en uno u otro procedimiento, obrando en el expediente dos informes técnicos (Jefes de Servicio de Costas y de Planificación y de Infraestructuras Turísticas), que justifican la tramitación otorgada por la Consejería proponente, al señalar que se trata de una modificación que no afecta de forma esencial al contenido de las Directrices, y que su repercusión en el modelo turístico es muy limitada, respectivamente. En otro orden de ideas, y *ad futurum*, el Consejo Jurídico quiere poner de manifiesto a la Consejería consultante que el acuerdo de aprobación inicial de un instrumento de ordenación del territorio (folios 22 a 24) es un acto trámite que no impide la continuación del procedimiento y que, por tanto, no es recurrible a tenor de lo previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), salvo en los efectos de suspensión de autorizaciones y licencias, es decir, cuando el acuerdo lleve aparejado dichas medidas cautelares, lo que no concurrió en el presente caso, pues en tales supuestos el Consejo Jurídico ha puesto de manifiesto (Dictamen núm. 188/2006) que, cuando se trata de actos trámites que implican la adopción de una serie de medidas cautelares (suspensión de licencias, etc.), son susceptibles de producir indefensión a los afectados y, por tanto, recurribles en los términos expresados por el artículo 107.1 LPAC.

3ª. En cuanto al cumplimiento de normas sectoriales que inciden en la ordenación del territorio, los órganos consultados no han realizado observaciones, siendo singularmente destacable la no incidencia significativa de la modificación en aspectos ambientales, según la Resolución de la Dirección General de Calidad Ambiental, de 25 de octubre de 2006.

TERCERA.- Sobre el Proyecto de Decreto.

El texto propuesto, además del Preámbulo y la Disposición Final sobre la entrada en vigor, contiene dos artículos; el primero adiciona la nueva excepción (“para los suelos urbanizables cuyo aprovechamiento global sea residencial y se destine exclusivamente a vivienda de protección pública”); el segundo mandata para su publicación, y para que se dé cuenta al Consejo Social de Política Territorial, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.2, último párrafo, del TRLSRM.

Sobre la regulación propuesta se realizan las siguientes observaciones:

1ª. En cuanto a la técnica normativa de las disposiciones modificatorias.

- Al tratarse de una modificación de un Decreto anterior, consistente en la adición de un nuevo apartado a la vigente Disposición Adicional Tercera, debería titularse “Decreto...por el que se modifica el Decreto 57/2004, de 18 de junio, por el que se aprueban las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia”.
- Resulta conveniente eliminar la denominación de Preámbulo de la parte expositiva del Proyecto, para homogenizar así el tratamiento dado en este punto por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE de 29 de julio), que señala que en las disposiciones normativas distintas de los anteproyectos de Ley no se debe titular su parte expositiva, de acuerdo con lo señalado por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, núm. 142/06).
- Debería recogerse en el Artículo Primero en qué consiste la modificación, sin perjuicio de que se recoja, seguidamente, cómo queda redactada en su totalidad, incluyendo las excepciones anteriormente aprobadas por el Decreto 57/2004, al objeto de no inducir a confusión sobre el párrafo introducido y su entrada en vigor. A tal efecto se sugiere el siguiente texto u otro similar:

“**Artículo Primero.** Aprobar definitivamente la modificación del Decreto núm. 57/2004, de 18 de junio, por el que se aprueban las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia, consistente en la adición del siguiente párrafo en la Disposición Adicional Tercera de dicho Decreto:

“Para los suelos urbanizables cuyo aprovechamiento global sea residencial y se destine exclusivamente a vivienda de protección pública”.

Artículo Segundo. En consecuencia, la Disposición Adicional Tercera queda redactada de la siguiente forma (...).

Artículo Tercero. Ordenar la publicación íntegra del presente Decreto (...)

DISPOSICIÓN FINAL

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación (no al día siguiente de) en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.”

2ª. En cuanto al objeto y concreta normación de la modificación propuesta.

Ninguna observación de índole jurídica cabe realizar al objeto de la modificación sometida a consulta, en tanto se fundamenta en la necesidad de favorecer la vivienda de

protección pública en el ámbito de aplicación de las Directrices, teniendo en cuenta que la Constitución no sólo reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, sino que, además, establece la obligación de los poderes públicos de atender las necesidades de vivienda de los españoles, como uno de los principios rectores de la política social y económica, y la propia Constitución establece el vínculo entre el derecho a la vivienda, y la regulación de los usos del suelo, al establecer que los poderes públicos han de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (artículo 47).

No obstante se realizan las siguientes observaciones particulares al texto sometido a consulta:

1ª) De acuerdo con lo expuesto en la Consideración Segunda, 1ª, debe suprimirse del apartado cuarto del Preámbulo el párrafo “*la modificación se fundamenta en la falta de justificación de la reserva de suelo turístico en áreas residenciales del interior, donde no existe demanda de uso turístico*”, para evitar confusión acerca del sentido de la modificación que ahora se aprueba, sin que, por otra parte, dicha manifestación se vuelque en una regulación concreta en el texto sometido a consulta. Además podría inducir a considerar que, a través de la presente modificación, se está replanteando parte del modelo de desarrollo previsto en las Directrices, cuya alteración debería seguir, en todo caso, los cauces procedimentales previstos para ello en el TRLSRM.

2ª) En cuanto a la nueva excepción introducida “para los suelos urbanizables cuyo aprovechamiento global sea residencial y se destine exclusivamente a vivienda de protección pública”, referida a la aplicación del artículo 43 de la Normativa, cabe apreciar una incongruencia que debe solventarse, pues en el primer párrafo del Preámbulo se hace referencia a que la reserva de usos turísticos prevista en el artículo 43 es para el suelo urbanizable sin sectorizar (con las excepciones que se añaden en el párrafo siguiente), mientras que la nueva excepción introducida por la propuesta se refiere al suelo urbanizable en general. Por tanto, para que exista congruencia, bastaría con insertar en el primer párrafo del Preámbulo, a continuación, que también están afectados por esta limitación los suelos no urbanizables a la entrada en vigor de las Directrices que cambien de clasificación a suelos urbanizables sectorizados o sin sectorizar a fin de desarrollar nuevos desarrollos urbanísticos, en cuyo caso sí tendría sentido que la excepción ahora introducida haga referencia al urbanizable en general, y no al sin sectorizar, como recoge el primer apartado del artículo 43 de la normativa.

3ª) Por último, en cuanto a correcciones gramaticales, debería sustituirse “de” por “del” en el párrafo segundo, segunda línea, del Preámbulo (“del citado Decreto”), y añadirse “se” en el párrafo tercero del mismo (“se destine”).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede elevar por la Consejería proponente al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma el proyecto de Decreto, objeto de consulta, para su aprobación definitiva, si bien se recomienda que se complete la motivación técnica sobre las repercusiones de la modificación propuesta.

SEGUNDA.- Para la mejora del contenido y una más adecuada técnica normativa, deben introducirse en el mismo las correcciones indicadas en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 08/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. N. F., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 15/01/07****Extracto de Doctrina**

1. Lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad.

2. Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso a la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 26 de septiembre de 2003, D. A. N. F. solicitó de la Consejería de Obras Públicas de esta Administración regional que se le indemnizara en la cantidad de 12.407'95 euros, a título de responsabilidad patrimonial por los daños padecidos en su vehículo marca AUDI-A3, matrícula X, a causa del accidente sufrido el 10 de diciembre de 2002 cuando circulaba por la vía de servicio que discurre en paralelo a la Autovía del Noroeste C-415, a 250 metros de la Venta de La Magdalena, sentido "Lámparas Iberlán", en el término municipal de Mula, al salirse de la vía por su margen derecha, chocando contra la valla metálica que la separaba de dicha Autovía, con posterior vuelco del vehículo. Señala que la vía estaba recientemente asfaltada, con presencia de gravilla fina suelta, tal y como recoge el atestado de la Guardia Civil levantado al efecto, provocando esta gravilla, según dice, la pérdida del control del vehículo. Centra su imputación en el hecho de que el lugar donde se produjo el accidente carecía de señalización alguna que indicase la presencia de gravilla fina suelta recién asfaltada, y añade que el tercer día posterior al accidente se personó nuevamente en el lugar y comprobó que se había barrido toda la gravilla, sobre todo la del lado derecho de la calzada, desapareciendo las huellas existentes, y se había arreglado la valla dañada por el impacto del vehículo y colocado un poste de señalización, sin ningún disco aún.

Aporta, entre otras, diversa documentación del vehículo, copia de las Diligencias Previas –con sobreseimiento– nº X, tramitadas en el Juzgado de Instrucción de Mula, y presupuesto de reparación del vehículo extendido por “C., s.l.”, fechado el 17 de diciembre de 2002, por importe de 12.407’95 euros. Solicita que se tengan por aportados dichos documentos como prueba, que se requiera a la Comandancia de la Guardia Civil, puesto de Mula, para que remita toda la documentación que disponga sobre el asunto, así como la práctica de prueba testifical, en la persona de su hijo.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, en octubre de 2003 el instructor requirió del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Mula testimonio íntegro de las mencionadas Diligencias Previas y demás documentación existente, en su caso; informe del Servicio competente y del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras sobre los hechos en cuestión, y ofició al reclamante para que mejorase la reclamación mediante la aportación de fotocopias compulsadas de diversa documentación y la aportación de otros documentos, singularmente, su declaración de no haber percibido indemnización por compañía de seguros u otra entidad por los hechos en cuestión.

TERCERO.- Mediante informe de 28 de octubre de 2003, el citado Parque de Maquinaria indica lo siguiente:

“1-VALOR VENAL DEL VEHÍCULO.

El valor venal del vehículo implicado marca AUDI, modelo A3 1.9 TDI, matrícula X, con fecha de 1ª matriculación el 13/05/1997 es de 9.200,00 euros en la fecha del accidente motivo de esta reclamación.

2-VALOR DE LOS DAÑOS SUFRIDOS

El valor de los daños reclamados y que asciende a la cantidad de 12.407,95 euros por reparación de los daños materiales, se considera correcta a tenor de lo que en ella se presupuesta y suponiendo que el vehículo presentara todos los daños que en la misma se reflejan. Con respecto a esta observación se comenta el criterio del técnico que suscribe en el siguiente apartado.

3-OTRAS CUESTIONES DE INTERES.

Procede a nuestro entender comentar lo siguiente con relación a los daños ocasionados al vehículo y, directamente relacionado con ello, las circunstancias del accidente:

1. Como ocurre en la mayoría de las reclamaciones, se nos pide cotejar unos daños sin tener ningún tipo de documentación que apoye la reclamación. Esta documentación podría ser un informe pericial por intervención de la Cia. de Seguros del vehículo y/o un reportaje fotográfico, al menos, del estado del coche con los daños ocasionados.

Sería necesario por tanto para valorar con precisión dichos daños, el poder examinar el vehículo y determinar la posibilidad de reparación de piezas que en la reclamación son sustituidas por nuevas, con lo que el valor de los mismos se vería sensiblemente disminuido dado que, a nuestro entender, por ésta y otras razones lo consideramos elevado.

Reiterando por tanto lo expuesto sobre la falta de documentación y/o reportaje fotográfico, realmente no se entiende en absoluto que el reclamante no haga ni una sola fotografía de los daños del vehículo que en definitiva y salvo que haya otros daños, constituye el fundamento principal de la reclamación.

2. Con relación al lugar del siniestro y sus circunstancias, indicar que se deberá consultar, como imagino ya habrán solicitado, la titularidad del camino de servicio que será la entidad que al parecer y según el reclamante lo ha arreglado recientemente, y que en todo caso será la C.A.R.M o bien la empresa AUNOR, concesionaria de la Autovía del Noroeste.

3. Del relato de la forma del accidente poco o nada aclara, dado que es bastante incomprensible que un vehículo circulando a 50 o 60 Km/h, por una carretera casi recta se salga sin más por la derecha según su sentido de marcha, eso no se entiende salvo por una negligencia del conductor o por un exceso de velocidad y la proximidad de una curva de 90° cerca del lugar del siniestro, que aunque no esté señalizada es previsible teniendo en cuenta que se interpone en el sentido de la marcha una valla y una nave situada en esa zona. Todo ello para tener en cuenta la posible responsabilidad del propio reclamante, si procede”.

CUARTO.- Mediante oficio de 10 de noviembre de 2003, el Juzgado antes mencionado remite la documentación interesada, en la que destaca el atestado, en el que se hace constar, por inspección ocular de los agentes el día del accidente, lo siguiente:

**Clase de vía.-* Camino de servicio adosado a la Autovía del Noroeste C-415, de doble sentido de circulación y un carril para cada sentido de marcha, con una anchura de calzada de 6'00 metros, arcenes inexistentes. Margen derecho de la vía según referencia formado cuneta de naturaleza terriza y poblada de grava suelta, seguida de valla metálica, que impide el acceso de cualquier animal a la Autovía. Margen izquierdo constituido por cuneta verteaguas de naturaleza terriza, poblada de grava suelta, seguida de tierra de labor.

**Trazado.-* Tramo ligeramente curvo hacia la izquierda, con pequeño cambio de rasante, recto de perfil ligeramente ascendente sin presencia de obstáculos visuales.

**Firme.-* Formado por gravilla fina suelta, al parecer recientemente terminada, sin baches y limpio de obstáculos.

**Señalización:*

Vertical.- Ninguna. (Ni de velocidad, ni de ningún tipo de peligro)

–Horizontal/Marcas viales.- Ninguna, línea longitudinal sobre la calzada que delimite, separación de carriles (sic).

**Limitación específica de velocidad.-* No se aprecia ninguna señal ni vertical ni horizontal que delimite la velocidad.

**Huellas y vestigios.-*

Huellas de neumático frenada/deslizamiento/derrape: Localizadas carril derecho según sentido referencia y correspondientes a los neumáticos del vehículo implicado, se aprecian dos huellas de frenada paralelas entre sí con una trayectoria ligeramente arqueada hacia la derecha y completamente oblicuas al eje longitudinal imaginario de la vía formando con este un ángulo corto de unos 45 grados, finalizando en el punto de salida del vehículo.

Otras huellas: Coincidentes con el punto de salida de vía y adentradas 3 metros en el interior de la cuneta a la altura del punto de angulación de la misma, se aprecian vestigios del impacto del vehículo sobre terreno blando, apreciándose el mismo removido.

**Desperfectos que presenta como consecuencia del accidente.- Fuerte impacto en ángulo anterior derecho, afectando a paragolpes, capó, equipo motor, ópticas delanteras, ambas aletas delanteras, luna delantera, techo, retrovisor exterior izquierdo, etc., para mayor comprensión se adjunta presupuesto a las presentes diligencias.*

**Condiciones Atmosféricas.- Día soleado, viento en calma.*

**Otras Circunstancias.- Día del accidente Martes, día laborable.*

**Daños ajenos.- 06 metros de alambrada metálica, y dos postes.*

**Posición final del vehículo: Quedó en su posición final volcado sobre cuneta margen derecho, en dirección paralela al eje central de la vía y con su frontal orientado sentido Murcia”.*

La referencia en el atestado al mencionado presupuesto (que es el de 17 de diciembre de 2002 aportado por el reclamante con su escrito inicial) se explica por levantarse el primero tras la comparecencia y denuncia del interesado ante la Guardia Civil en dicha fecha (aunque, según se advierte, hubo personación e inspección de los agentes en el lugar del accidente el día en que éste se produjo). A la denuncia acompañó varias fotografías tomadas, según afirma, tres días después del accidente.

QUINTO.- El 12 de marzo de 2004 la instructora acuerda no admitir la práctica de la prueba testifical propuesta en su día, por referirse al hijo del reclamante.

SEXTO.- Solicitado informe a la empresa concesionaria del servicio de conservación y explotación de la Autovía del Noroeste C-415, fue emitido el 1 de abril de 2004, expresando lo siguiente:

“La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por lo tanto de titularidad autonómica. No obstante, el camino de servicio en el que se produjo el siniestro de referencia no forma parte del contrato de conservación y explotación que esta empresa concesionaria desarrolla.

Dicho camino, junto con otros tramos de caminos de servicio a lo largo de todo el trazado de la autovía, no incluidos en el proyecto de construcción de la misma, fue ejecutado según el “Proyecto de Caminos de servicio Complementarios de la Autovía del Noroeste” adjudicado a la empresa I. por la Consejería de Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Dichas obras se ejecutaron durante los meses de septiembre de 2002 a enero de 2003.

A.- En la fecha y lugar indicados, el siniestro en cuestión fue atendido por el personal de vigilancia de esta empresa concesionaria, según consta en los registros y partes de los que se dispone. Dicho accidente es, pues, cierto y real.

B.- La gravilla a la que hace referencia el reclamante forma parte del tratamiento superficial que, alternando capas de árido (gravilla) y ligante bituminoso, se realiza normalmente en el afirmado de los caminos de servicio. Dicho tratamiento es el que consta en el proyecto de caminos de servicio referido anteriormente.

C.- Consideramos que el conductor no actuó con la debida precaución al no adecuar la velocidad a las circunstancias y características de la vía por la que circulaba.

D.- Entendemos que no existe relación de causalidad entre el servicio público que presta esta empresa concesionaria o en su caso, el Servicio de Conservación de Carrete-

ras de la Consejería de Obras Públicas, y el siniestro en cuestión, siendo la conducta del perjudicado la que interviene de modo decisivo en la producción del mismo.

E.- Según lo anteriormente expuesto, no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación realizado por esta empresa concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.

F.- El tramo del camino de servicio en el que se produjo el siniestro no ha sido objeto, hasta la fecha, de ninguna actuación por parte de la empresa concesionaria al no ser de su competencia. No obstante, actualmente se encuentra en buen estado de conservación.

G.- El camino de servicio en cuestión se halla actualmente señalizado según la normativa vigente, atendiendo a las características propias de una vía de este tipo.

H.- Al no ser materia de su competencia, esta concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales alegados por el reclamante.

I.- La existencia de gravilla es un hecho normal como consecuencia del tipo de afirmado (doble tratamiento superficial) que se realiza usualmente en los caminos de servicio. Junto a otras características como son: un trazado menos restrictivo, accesos directos desde las parcelas colindantes, ausencia de señalización horizontal, etc., hacen necesario que la conducción por este tipo de vías se realice con las debidas precauciones y adecuando la velocidad a estas características especiales. La pérdida de control de un vehículo en estas circunstancias sólo se entiende al no observar esta última recomendación (artículo 45 del Reglamento General de Circulación).

Hay que indicar que en el tramo de camino de servicio donde ocurrió el siniestro y en esa fecha (10-12-2002), se encontraba recién terminado el tratamiento superficial proyectado.

J.- Esta empresa concesionaria hace constar que fue el personal de vigilancia adscrito a la misma el que se percató del incidente y se personó en el lugar del siniestro en ese instante, comprobando que en el vehículo se encontraba únicamente y con heridas leves el conductor cuya identidad corresponde al joven D. A. N. M., por lo que fue trasladado a centro sanitario. Posteriormente se personó D. A. N. M. (sic), padre del anterior, para retirar el vehículo siniestrado.

Esta empresa no ha realizado actuación alguna posterior al incidente en el tramo del camino de servicio donde ocurrió, por no ser necesario. Una vez retirado el vehículo, se reparó una señal vertical que pertenece al ramal de salida de la autovía y que se vió afectada en el siniestro, así como el vallado de cerramiento, igualmente deteriorado. Tanto en las operaciones de rescate del vehículo como en las de reparación, se dispuso la señalización pertinente al tener que efectuarse dichas operaciones desde el interior de la autovía (ramal I del enlace de Baños de Mula)".

SÉPTIMO.- El 16 de marzo de 2005, el Subdirector General de Carreteras, atendiendo la solicitud de informe efectuada en su día, manifestó lo siguiente:

"A) A la vista de lo indicado por el Jefe de Explotación de la autovía y del atestado de la Guardia Civil, el hecho debe ser cierto.

B) Entendemos que el accidente se produjo por actuación inadecuada del perjudicado.

C) Entendemos que no hay relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento de un servicio público.

D) El accidente no es imputable a la Administración ni a otras administraciones ni al contratista autor de las obras.

E) No se ha llevado a cabo actuación alguna en el tramo donde se produjo el accidente, pues se considera que tiene características adecuadas a su función de camino de servicio.

F) El camino se encuentra señalizado adecuadamente de acuerdo con sus características de vía de servicio.

G) En esta dirección General no existen técnicos con la titulación adecuada para evaluar los daños sufridos por el vehículo.

H) Las características de trazado y firme de los caminos de servicio de cualquier autovía, hacen que un accidente como el producido, con vuelco del vehículo, sólo se pueda producir por exceso de velocidad.

I) La presencia de gravilla en caminos con pavimento de triple tratamiento superficial es normal, debido a la propia naturaleza del tratamiento”.

OCTAVO.- Mediante oficio de 6 de abril de 2005, la instructora solicita del Cuartel de la Guardia Civil de Mula que se complete lo consignado en el atestado, en los siguientes extremos:

“1.- Causa eficiente del accidente.

2.- Si el vehículo circulaba a una velocidad adecuada al trazado, configuración y estado de la vía teniendo en cuenta cómo se produjo el accidente y sus efectos.

3.- Si el estado de la vía por sí mismo es suficiente para que el vehículo se salga de la calzada volcando como en el presente caso o, por el contrario pudo haber concurrido una actuación inadecuada por parte del reclamante”.

Dicho requerimiento es contestado mediante informe de 22 de abril de 2005, de los agentes actuantes, que manifiestan lo siguiente:

“Es parecer de los Agentes actuantes que el turismo marca Audi, modelo A-3, matrícula X, sufrió salida de la vía por su margen derecha, chocando con la valla metálica y vuelco posterior del mismo. Según manifestación del conductor del vehículo circulaba a una velocidad aproximada entre 50/60 km/hora, velocidad que aunque no excesiva, pudiera ser inadecuada para el trazado de la vía (tramo ligeramente curvo hacia la izquierda, con pequeño cambio de rasante), así como para el firme (gravilla fina suelta), circunstancias que han podido influir en el desarrollo del accidente, sin poder determinar como causa principal del accidente, el estado y el firme de la vía”.

NOVENO.- Otorgado al reclamante el preceptivo trámite de audiencia, el 27 de julio de 2006 comparece en las dependencias de la Consejería consultante para tomar vista y copia del expediente, y otorgar representación a favor de D. A. L. O., sin que conste la presentación de alegaciones.

DÉCIMO.- El 1 de septiembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que el accidente y consiguientes daños

no son imputables al funcionamiento de la Administración, sino a la conducta imprudente del reclamante, por circular con exceso de velocidad y sin adecuarse a las circunstancias de la vía de servicio por la que circulaba.

UNDÉCIMO.- Mediante oficio de 6 de septiembre de 2006, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DUODÉCIMO.- Mediante Acuerdos nº 13 y 15 de 2006, de fecha 13 de septiembre y 2 de octubre, respectivamente, este Consejo Jurídico requirió a la Consejería interesada que subsanase las deficiencias advertidas en algunos documentos del expediente, lo que fue finalmente cumplimentado por aquélla mediante oficio registrado el 30 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser el titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia (en concreto, por la omisión de su deber de señalización) de una vía pública de su titularidad (vía de servicio de la Autovía del Noroeste C-415), por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo en materia de procedimiento.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama. Concurrencia de responsabilidades.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación de que se trata imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber señalado la existencia de la gravilla fina suelta recién asfaltada en la vía de referencia, pues le corresponde el deber de conservación y vigilancia de la misma; por ello, estima el reclamante que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a dicha ausencia de señalización.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso a la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable).

II. Aplicado lo anterior al supuesto que nos ocupa, se advierte que se trataba de una vía abierta al público (no se ha negado tal extremo por la Consejería consultante) en la que, según indica el atestado de la Guardia Civil parcialmente transcrito en el Antecedente

Cuarto, en la fecha del accidente no existía señalización alguna, ni sobre la existencia de gravilla suelta ni sobre limitación de velocidad.

Por su parte, la concesionaria del servicio de conservación de la Autovía del Noroeste (que no lo es de la vía de servicio en cuestión), señaló en su informe (Antecedente Sexto) que “*actualmente*” (es decir, en la fecha del mismo, 1 de abril de 2004, muy posterior al accidente, acaecido el 10 de diciembre de 2002) tal vía se halla señalizada conforme establece la normativa vigente atendiendo a las características de la misma. Asimismo, informa que, en la fecha del accidente, en el tramo en cuestión de vía “*se encontraba recién terminado el tratamiento superficial proyectado*” para el acondicionamiento de la misma, en el que se utiliza gravilla para conseguir el afirmado de la calzada (doble tratamiento superficial).

En nuestro Dictamen 102/2003, entre otros, señalamos que “*cabe recordar el criterio jurisprudencial mantenido en accidentes donde concurre la circunstancia de gravilla suelta en la carretera (SSTS, Sala 3ª, de 2 de diciembre de 1996, de 27 de diciembre de 2000 y SAN de 29 de abril de 1998) conforme al cual, para imputar los daños a la Administración, ha de tenerse en cuenta la existencia o no de señalización en las carreteras que advierta de los riesgos (Dictamen nº 87/01 del Consejo Jurídico). En este mismo sentido la Sentencia de 29 de septiembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*”. Ello es extensible a las vías de servicio abiertas al público, pues la simple naturaleza de éstas no exime de la obligación de advertir, mediante la oportuna señalización, de un elemento de riesgo como es la gravilla suelta, máxime si, como señala el atestado, no existía ningún tipo de señalización. Y todo ello sin perjuicio de que las características de estas vías obliguen también al conductor a circular con una mayor precaución y diligencia.

Atendiendo a las circunstancias del accidente descritas en el atestado policial y al posterior informe de los agentes actuantes (Antecedente Octavo), no puede descartarse que la gravilla suelta y no señalizada contribuyese a la pérdida de control del vehículo y su posterior accidente, con lo que la actuación, por omisión, de la Administración, es corresponsable de los daños sufridos. Y se dice corresponsable porque el mismo informe policial, así como el del concesionario antes mencionado, manifiestan que la velocidad del vehículo no fue la adecuada para las características del tramo de vía en que se produjo el accidente, tanto por el trazado de aquél como por la gravilla suelta (que el conductor debía haber advertido durante su circulación, aun sin existir la debida señalización), constituyéndose así en otra causa del siniestro.

Esta concurrencia causal en la producción del daño implica atribuir parcial responsabilidad a la Administración, no siendo atendible el criterio jurisprudencial invocado en la propuesta de resolución sobre la exclusividad de la actuación administrativa en la producción del daño como requisito indispensable para declarar su responsabilidad, por estar superado por la posterior y consolidada doctrina del Tribunal Supremo, de la que es buena muestra, entre muchas otras, la Sentencia de su Sala Tercera de 30 de mayo de 2006 (dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina).

En estas circunstancias, y al no poder determinar los agentes actuantes que el estado y el firme de la vía fuera la causa “*principal*” del accidente, pero tampoco poderse establecer de modo indubitado que lo fuera de modo prevalente el indicado exceso de velocidad, procede atribuir a cada una de dichas causas la misma relevancia en la producción del hecho dañoso, lo que se traduce en la minoración en un 50% de la indemnización que proceda.

Con ello se sigue lo establecido para casos análogos al presente en nuestros Dictámenes 23 y 57 de 2003, entre otros.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

En lo que se refiere a los daños que deben ser tenidos en cuenta para calcular la indemnización, es necesario poner de manifiesto lo informado por el Parque de Maquinaria en su escrito de 28 de octubre de 2003 (Antecedente Tercero), señaladamente en su apartado 3 (“*otras cuestiones de interés*”) en el que se destaca, ante la magnitud de los daños, que el reclamante no aporta ninguna fotografía del estado del vehículo; ello supone que los conceptos a reparar, más allá de la corrección de su valor de sustitución, queden en buena medida indeterminados, pues la descripción de los daños que realiza el atestado de la Guardia Civil no es suficiente a estos efectos.

En este sentido, es procedente traer aquí a colación el principio de mayor facilidad probatoria que tiene el titular del vehículo, para considerar razonablemente exigible a estos efectos, especialmente por la sensible diferencia entre la cuantía de la reparación (expresada en el presupuesto aportado) y el valor venal del vehículo (12.407’95 y 9.200 euros, respectivamente), que el reclamante (que en un momento inicial desconoce si la reclamación va a ser atendida o no) preconstituya, en su propio beneficio, una adecuada prueba fotográfica del estado del vehículo, como mínimo requisito exigible para que pueda valorarse después con cierta seguridad jurídica los daños que hubieran de resarcirse y evitar incurrir en el eventual enriquecimiento injusto del dañado que se produciría en el caso de resarcir reparaciones o sustituciones de elementos que, a la vista de tales fotografías, pudiera razonablemente rechazarse que tuvieran su causa en el accidente en cuestión.

Al no haberlo hecho así, y al igual que consideramos en el Dictamen 138/2003, procede tomar como referencia el valor venal del vehículo (9.200 euros) a efectos de establecer el “*quantum*” indemnizatorio, minorando dicho importe en un 50%, es decir, 4.600 euros, cantidad que deberá actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, por omisión del deber de señalización de la vía en la que ocurrió el accidente de referencia, concurriendo con dicha responsabilidad administrativa la propia conducta del reclamante y, por tanto, su corresponsabilidad en la producción de dichos daños, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización que debe reconocerse debe atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- Por lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 09/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. Á. G. A., en nombre y representación de su hija menor de edad I. G. L., debida a accidente escolar.**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 15/01/07****Extracto de Doctrina**

El normal desenvolvimiento de los alumnos en el centro genera unos riesgos inherentes a la misma existencia del servicio que la Administración no puede evitar, pues la vigilancia de los alumnos no puede ser entendida en unos términos tan absolutos que impidan dicho normal desenvolvimiento,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente sometido a consulta fue objeto de los Dictámenes 39 y 92/06, cuyos términos procede dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias repeticiones. No obstante, cabe recordar que la reclamación de la que trae causa se basa en los siguientes hechos:

Con fecha 21 de marzo de 2003, D. Á. G. A. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Educación y Cultura, como consecuencia del accidente sufrido por su hija menor de edad (5 años) I. G. L., en el Colegio Público de Educación Infantil y Primaria “Escuelas Nuevas” de El Palmar (Murcia).

Según el interesado, el 25 de febrero de 2003 su hija sufrió un accidente en el recinto escolar a resultas del cual se produjo una *“herida incisa profunda en la región frontal, con dolores cervicales, de la que fue intervenida practicándole sutura, siéndole retirados los puntos de la intervención a los ocho días del accidente, quedándole como secuela importante cicatriz”*.

Para el reclamante, la causa del accidente fue el mal estado de las instalaciones del centro, careciendo éste de las mínimas condiciones de seguridad exigibles para albergar a los niños. Pretende tanto la indemnización de las heridas sufridas por la niña como el abono de los gastos médicos ocasionados por la atención que le fue dispensada en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”. Asimismo solicita que las zonas utilizadas por los escolares *“sean exigibles conforme a la normativa europea vigente...”*.

El interesado aporta la siguiente documentación: a) fotocopia del Libro de Familia, acreditativo del parentesco que le une a la menor; b) informe de alta de urgencias que consigna como diagnóstico *“TCE Herida incisa”*, cerrada mediante sutura, pautando analgésicos y antisépticos como tratamiento, con remisión a control posterior por pediatra; c) contestación de la Directora del Centro escolar a la petición efectuada por el Director Gerente del Hospital, en el sentido de que se le facilite el número de la póliza de seguro del Colegio, donde informa que el centro, al impartir Educación Infantil, Primaria y Primer Ciclo de Secundaria Obligatoria, no dispone de Seguro Escolar ni tiene obligación legal de suscribirlo, de acuerdo con la legislación vigente; y d) fotografías de la herida de la niña y de las instalaciones donde se produjo el accidente, que muestran escalones, bordillos y un zócalo revestido con piedra, respecto al cual el reclamante manifiesta que se trata de la

“pared de piedras sobresalientes y en punta donde fue a caer y se hizo el corte en la frente, apreciándose restos de sangre en las mismas”.

Con posterioridad, y a requerimiento de la instrucción, el reclamante valora los daños alegados en 25.555,14 euros.

SEGUNDO.- Solicitado informe al Director del Centro, éste manifiesta lo siguiente:

“La menor I. G. L. era alumna de este Centro el curso 2002-2003. Su tutor ya no está en este Centro. Tras solicitar información de los profesores, ninguno recuerda el suceso.

He conseguido hablar por teléfono con el tutor y me ha contado que: un día cuando bajó a la fila a las 15h. 30min. los otros niños le dijeron que I. se había hecho una herida antes de que tocase el timbre de entrada y que su madre o su abuela se la habían llevado para curarla”.

TERCERO.- Solicitado informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos, sobre la situación y estado de la pared de piedras que aparece en las fotografías aportadas con la reclamación, es remitido por su Arquitecto Jefe y en él se manifiesta que:

“El centro tiene un zócalo de piedra en todo su perímetro exterior, recibido con mortero, en junta cubierta y con remate superior del mismo material.

Según la normativa vigente a aplicar “Instrucciones de Diseño Complementarias de los Programas de Necesidades para la redacción de los proyectos de construcción de Centros de Educación Infantil, Educación Primaria” (Orden Ministerial de 4 de noviembre de 1991), en su apartado 2. Espacios Exteriores 2.1 dice: “Los espacios exteriores deberán estar tratados en su totalidad con materiales adecuados según usos”

Entendemos que el tipo de material utilizado para el revestimiento del zócalo es adecuado para tal fin, no presenta elementos punzantes y no presenta elementos que puedan causar lesiones, más que otros que tiene el Centro como bordillos, esquinas de fachadas, pavimentos engravillados, o pilares exentos del porche”.

CUARTO.- Con fecha 2 de febrero de 2006, se dirigió notificación al reclamante, comunicándole la apertura de un trámite de audiencia.

El 17 de febrero presenta escrito de alegaciones, en el que hace las siguientes consideraciones:

“La documentación obrante en el expediente en nada contradice ni desvirtúa la relación causa efecto del accidente, ya que a la vista de las fotografías por esta parte acompañadas se puede apreciar el resbaladizo y deteriorado firme del suelo capaz de hacer resbalar a cualquier persona y máxime si son niños que corretean constantemente, si a ello unimos el tipo de pared que no es lisa sino que es un conglomerado de piedras sobresalientes y punzantes está más que clara la causa y el efecto del accidente.

Visto el informe emitido por la Unidad Técnica de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, concretamente Comunicado Interior del Arquitecto Jefe de dicha Unidad, hemos de decir, en primer lugar, que el mismo está fechado el 30 de enero de 2006 por lo que teniendo en cuenta que si el accidente sufrido por la menor lo fue el 25 de febrero de 2003, quizás haya tenido tiempo suficiente (tres años) el Colegio para “arreglar suelo y paredes...”, de ahí que dicho Informe no sea vinculante a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración solicitada por esta parte, puesto que ¡solo faltaba que

durante tres años el Colegio no haya subsanado el deficiente y mal estado de las instalaciones...!

Consecuentemente con dichas alegaciones, el reclamante se ratifica en todas sus pretensiones.

QUINTO.- El 27 de febrero de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

SEXTO.- Remitido el expediente al Consejo Jurídico, se emite el Dictamen 39/06, que concluye afirmando la necesidad de completar la instrucción. Para alcanzar tal conclusión se atiende a la alegación vertida por el reclamante en el trámite de audiencia, en la que discute la fuerza probatoria del informe emitido por la Unidad Técnica de Centros Educativos, atendida su realización tres años después del accidente, pues durante ese dilatado período, afirma el interesado, la Administración educativa ha podido alterar las condiciones en que se encontraba el zócalo contra el que impactó la niña y a cuyo estado imputa la lesión por ella sufrida. Y es que, si bien de la petición de informe se puede inferir que se solicita el parecer técnico respecto del estado de la pared en el momento de realizarse las fotografías aportadas por el interesado (prácticamente coetáneas del accidente ocurrido en febrero de 2003), lo cierto es que la Unidad Técnica emite su informe “*tras la visita realizada*”, de donde puede deducirse que sus manifestaciones se refieren no al estado de las instalaciones según aparecen fotografiadas, sino al momento de girar dicha visita (enero de 2006).

Para contestar dicha alegación, continúa el Dictamen 39/06, es necesario efectuar un nuevo acto de instrucción, como es solicitar a la Unidad Técnica autora del debatido informe que se pronuncie acerca del estado del zócalo en el momento de producirse el accidente, tomando como base para ello las fotografías aportadas al procedimiento por el interesado. No obstante, siendo el Consejo Jurídico consciente de la dificultad que para un técnico supone emitir un juicio con el único fundamento de unas fotografías, se apunta la necesidad de recabar información acerca de si entre el 25 de febrero de 2003 (fecha del accidente) y el 30 de enero de 2006 (fecha de realización del informe de la Unidad Técnica que consta en el expediente) se llevaron a cabo obras en el centro que tuvieran por objeto la remodelación o modificación de las instalaciones, a cuyo estado el reclamante imputa las heridas de la niña.

Finaliza el Dictamen recordando la necesidad de conferir nuevo trámite de audiencia al interesado, una vez incorporadas al procedimiento las actuaciones de instrucción sugeridas.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de lo indicado en el Dictamen, la instructora solicita de la Unidad Técnica de Centros Educativos que se pronuncie acerca del estado de las instalaciones, tomando como base únicamente las fotografías y que informe, asimismo, si tiene constancia de que el zócalo hubiese sido arreglado, modificado, remodelado, o se hubiese realizado cualquier tipo de obra de acondicionamiento o reforma del mismo.

Acerca del último extremo también se solicita informe a la Dirección del centro escolar. Ésta contesta que el zócalo contra el que se golpeó la niña no ha sido objeto de obras de acondicionamiento o reforma entre la fecha del accidente y el 30 de enero de 2006, lo que resulta confirmado por la Unidad Técnica de Centros Educativos, cuyo Arquitecto Jefe manifiesta no tener constancia de la realización de obras sobre el zócalo en cuestión. Asimismo manifiesta la imposibilidad de efectuar el pronunciamiento que se les requiere con la única base de las fotografías aportadas por el reclamante.

OCTAVO.- Con fecha 11 de mayo de 2006, la instructora formuló una nueva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, siéndonos remitido de nuevo el expediente en solicitud de Dictamen, a través de escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 de mayo de 2006.

NOVENO.- En el Dictamen 92/2006 emitido al efecto, este Consejo Jurídico señaló que, como había advertido en su momento, tras el nuevo informe de la mencionada Unidad Técnica debía otorgarse nuevo trámite de audiencia al reclamante, lo que no se había realizado, debiéndose proceder en tal sentido.

DÉCIMO.- Otorgado dicho trámite, el 16 de junio de 2006 el interesado presentó escrito de alegaciones en el que se limita a ratificar lo expresado en sus escritos anteriores.

UNDÉCIMO.- El 2 de agosto de 2006 se formula nueva propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, basada en los informes de la Unidad Técnica de referencia, por no considerar acreditada la existencia de la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos regionales.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 17 de agosto de 2006, el Consejero de Educación y Cultura solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación y plazo para reclamar.

Procede dar por reproducidas las consideraciones que, sobre los referidos extremos, se contienen en el Dictamen 39/2006.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Una vez realizadas las actuaciones a que se hizo referencia en los precedentes Dictámenes 39 y 92 de 2006, puede afirmarse que, en lo sustancial, se ha seguido lo establecido en este aspecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y normativa de desarrollo.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama. Falta de acreditación.

I. De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por la alumna todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De

esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, y admitida la existencia de unos daños ocasionados a la hija del reclamante, se advierte una evidente falta de concreción de las circunstancias en que tales daños se produjeron. Aun aceptando, a la vista de lo que le fue contado al tutor de la alumna (Antecedente Segundo), que ésta sufrió una herida en las dependencias del colegio, falta una mayor precisión sobre las causas de la misma más allá de las simples manifestaciones del reclamante. Esta circunstancia ya sería suficiente para no poder considerar acreditada la relación de causalidad entre el referido daño y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, que es precisa para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

Además de lo anterior, si se aceptase en términos de pura hipótesis que el daño fue debido a la pared a la que se refiere el reclamante en sus escritos, resulta que del informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos de fecha 30 de enero de 2006 (Antecedente Tercero) y del de 29 de marzo de 2006 del Director del Colegio (Antecedente Séptimo), se desprende que la citada pared no presentaba características que pudieran causar más riesgo que el ordinario en una instalación escolar, siendo el daño, en esta hipótesis, fruto del normal desenvolvimiento de la alumna en el centro, que genera unos riesgos inherentes a la misma existencia del servicio y que la Administración no puede evitar, pues la vigilancia de los alumnos no puede ser entendida en unos términos tan absolutos que impidan dicho normal desenvolvimiento, sin que consten circunstancias especiales que hubieran demandado una específica vigilancia de la alumna a este respecto.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 10/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. J. P. E., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 22/01/07

Extracto de Doctrina

Una pretensión probatoria, sin prejuizar el fondo del asunto, ha de considerarse pertinente, conforme con lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al venir conectada a una de las imputaciones que fundan la reclamación.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 7 de noviembre de 2002, D. M. J. P. E. presentó escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS) en el que manifestaba que entre los años 1989 y 1991 fue intervenida quirúrgicamente, primero y en una ocasión, en el Hospital “P. S.” de Cartagena, remitida al mismo por la Seguridad Social, y después, en dos ocasiones, en el Hospital “Virgen de la Arrixaca”, por el Servicio de Cirugía Plástica y Quemados; en todos los casos se le practicaron otoplastias, para corregir malformaciones de sus pabellones auriculares. Señala que tales intervenciones fueron un desastre, pues sus orejas acabaron más malformadas de lo que estaban, y completamente distintas una de otra, siendo ya imposible su reconstrucción. Además, sufre de otalgias y ha perdido audición, tiene dolores recurrentes en la zona de inserción del pabellón auricular derecho con el hueso temporal, con hinchazón en la zona de los puntos de sutura. Por ello, se le ha propuesto una nueva intervención, en la que no se le ofrece garantía alguna de arreglo de la deformidad ni de alivio de las molestias padecidas. Todo ello le ha producido, además, graves problemas psicológicos y emocionales. Por lo anterior, solicita ser indemnizada en la cantidad que legalmente corresponda, así como se le dé traslado de su completo historial clínico.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, la instructora del procedimiento requiere a la interesada para que subsane lo que considera un defecto de la reclamación, por no haber formulado la proposición de prueba, bajo apercibimiento de considerarla desistida en su petición.

Dicho requerimiento fue contestado mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2003, en el que aportó diversos documentos correspondientes a las intervenciones en su oreja derecha realizadas en el Hospital “Virgen de la Arrixaca” en 1989 y 1990; un informe de 2 de octubre de 2001, de su médico de cabecera, remitiéndola al citado Hospital por dolores en la oreja derecha; varios documentos relativos a la intervención programada en 2002 que la reclamante rechazó; informe de 2 de enero de 2003 de la consulta de Salud Mental del Hospital “Santa María del Rosell” de Cartagena, sobre sus trastornos psíquicos; informe de 5 de febrero de 2002 de un especialista en cirugía plástica-estética en el que describe lo que le relata la paciente; y un Acta notarial de 6 de marzo de 2003 en la que se protocoli-

zan varias fotografías de sus orejas y la manifestación del notario de que coinciden con la realidad física.

Además, la interesada solicita en este escrito que se incorporen las historias clínicas correspondientes a sus intervenciones quirúrgicas en los citados hospitales, así como la práctica de prueba pericial, consistente, por un lado, en que emita informe el facultativo que le practicó las dos intervenciones en el Hospital “*Virgen de la Arrixaca*” (Dr. A. R.) y que por un especialista en Cirugía Plástica del INSALUD, “*que se designe al efecto*”, se la examine e informe sobre las lesiones y secuelas que se le han causado “*en ambos pabellones auriculares*”.

TERCERO.- Traslada el 24 de febrero de 2003 la reclamación a la correduría de seguros mediadora en la póliza contratada en su día por el INSALUD a estos efectos, aquélla presentó escrito, sin fecha, en el que manifestaba que los hechos en que se fundaba la reclamación eran anteriores a 1 de enero de 1995, fecha de comienzo de la cobertura de la póliza, por lo que no se cumplirían los requisitos para su eventual cobertura.

CUARTO.- Mediante oficio de 25 de marzo de 2003, la instructora comunica a la reclamante que, habiéndose advertido la posible existencia de prescripción de su derecho a reclamar, se le otorga un plazo de 10 días para que formule alegaciones al respecto.

Dicho trámite fue utilizado por la interesada, presentando el 9 de abril de 2003 un escrito en el que alegó que el transcurso del tiempo ha ido agravando la situación, pues el 2 de octubre de 2001 acudió a su médico de cabecera refiriendo dolores en la oreja derecha, apreciando en la misma a nivel superficial la existencia de un punto de seda, así como otro posible punto recubierto de epidermis, acudiendo el 21 de noviembre de 2001 al mencionado Hospital para la extracción de los citados puntos, y que no fue sino el 27 de febrero de 2002 cuando el citado doctor A. R. emitió un diagnóstico definitivo e irreversible de deformidad auricular derecha postquirúrgica, pues con anterioridad no había habido ningún informe de alta médica definitiva, según se advierte en su historial clínico. A ello suma los trastornos psíquicos diagnosticados el 20 de enero de 2003 como cuadro adaptativo reactivo al problema estético que padece, cuyas secuelas aún no se han determinado. Por todo ello, y con cita de jurisprudencia al efecto, estima que no puede considerarse prescrito su derecho a reclamar, reiterando nuevamente que se le traslade copia completa de su historial clínico.

QUINTO.- Mediante oficios de 20 de febrero y 22 de julio de 2003, la instructora solicita los historiales clínicos correspondientes al Centro de Salud de Los Alcázares y al Hospital “*Virgen de la Arrixaca*”.

I. Mediante oficio de 30 de junio de 2003, el Director Gerente del citado Hospital remite copia de la historia clínica e informe de 20 de mayo de 2003 del doctor A. R., Jefe de Servicio de Cirugía Plástica y Quemados, que expresa lo siguiente:

“El día 11 de Noviembre (debe ser diciembre) del 89, para corregir oreja prominente derecha, se le practica bajo anestesia general otoplastia derecha por los Dres. U. y B.. Tras una evolución satisfactoria es dada de alta total el día 16-01-1990.

El 14-11-1990 es intervenida bajo anestesia local por los Dres. S. y E. para retocar dicha otoplastia. De nuevo es dada de alta.

El 21-11-01 es vista en consulta apreciándose pliegue convexo en cara anterior de oreja derecha y se visualiza hilo de sutura subcutánea en cara posterior de dicha oreja. Se intenta sin éxito extraer el hilo, al no permitirlo la paciente por miedo al dolor que podíamos cau-

sarle. Por ello se programa para retocar la oreja y extraer el hilo bajo anestesia regional en quirófano. Se elige la fecha de Junio a petición de la paciente.

El 06-02-02 se da de baja en Lista de Espera reincluyéndola el día 28-02-02 a petición de la paciente.

El 13 de junio del 02 es baja en Lista de Espera por aplazamiento voluntario. Se reincluye una vez más en Lista de Espera.

El 28-11-02 es programada para intervención y al rechazarla, la damos definitivamente en baja de Lista de Espera. Comentando el caso en Sesión Clínica se decide quedar a la espera de una nueva demanda de intervención por parte de la enferma que sería programada sin la menor demora, limitando así la indecisión que tanto altera nuestra programación de quirófano”.

En la citada historia clínica, destaca un informe de alta, de fecha 26 de diciembre de 1989, que expresa lo siguiente:

“Paciente que presenta oreja prominente derecha, habiendo sido intervenida de la oreja izquierda en otro centro (Marzo del 89).

El día 11-12-89 se realiza intervención bajo anestesia general practicando auriculoplastia derecha, con reconstrucción de pliegue antehélix por vía posterior y resección de elipse cutáneo. Se dejan puntos transfixiantes.

La oreja izquierda que fue intervenida hace 9 meses, presenta piel anterior muy adherida y ángulo osfalo auricular muy estenosado, por lo que esperamos para posterior retoque.

La paciente presenta buena evolución, por lo que es alta hospitalaria, siendo citada en consulta externa de C. Plástica.

JUICIO DIAGNÓSTICO: *Oreja derecha prominente”.*

Por lo que se refiere a la segunda intervención en la oreja derecha (14 de noviembre de 1990), consta en la historia un documento (f. 54 exp.) en el que se hace constar el 15 siguiente que la paciente *“está bien. Alta. Valorar el Lunes”.*

Asimismo, obra en la historia una hoja de evolución en la que, el 14 de enero de 1991, se hace constar lo siguiente:

“Corrección buena. Queda una ligera disposición en “oreja de sátiro”. Se mantiene banda de contención. Revisión en Junio” (f. 57 exp.)

Posteriormente, constan los documentos relativos a la consulta de 2 de octubre de 2001 en el Centro de Atención Primaria de la interesada en Cartagena y su remisión al Hospital *“Virgen de la Arrixaca”*, así como los relativos a la consulta de 21 de noviembre de 2001 y demás incidencias a que se refiere el doctor A. R. en su informe de 20 de mayo de 2003 antes citado.

II. Por su parte, la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena, mediante oficio de 6 de agosto de 2003, remitió el historial clínico de que disponía. En él se documentan asistencias sanitarias desde el año 1992 hasta la consulta de 2 de octubre de 2001 en el Centro de Atención Primaria antes indicado, en las que no se hace referencia a la patología auditiva ni a las malformaciones en los pabellones auriculares a que se refiere la reclamación. Destaca

a estos efectos el parte de la consulta de 2 de enero de 1995 en el Centro de Salud de La Unión, en el que se hace constar lo siguiente:

“Motivo: Paciente 18 años sin antecedentes médicos dignos de mención.

Exploración: Presenta signos de ansiedad alternando con llantos”.

Valorada por el Centro de Salud Mental de Cartagena, en el mismo documento se hace constar:

“Anámnesis: Sin interés.

Diagnóstico: No presenta ningún cuadro psicopatológico. Problemas de la adolescencia adaptativa”.

Finalmente, consta parte de interconsulta de 28 de enero de 2003 del Centro de Salud de Los Alcázares al Hospital del Rosell, remitiendo a la interesada por trastorno adaptativo depresivo e hipoacusia, para *“estudio de hipoacusia leve y cufenos de O-I”.*

SEXTO.- Mediante oficio de 12 de diciembre de 2003, la instructora comunica a la reclamante la apertura del trámite de prueba, indicándole, respecto a la pericial de un especialista en cirugía plástica designado al efecto, que *“deberá elegir libremente dicha designación y la pericial será a su costa, siendo prueba solicitada de parte”.*

Mediante escrito presentado el 27 de enero de 2004, la reclamante aporta informe, del 22 anterior, de un especialista en cirugía plástica, reparadora y estética, en el que indica lo siguiente:

“Paciente de 27 años de edad que refiere la realización de una otoplastia izquierda por oreja prominente en marzo de 1989 de la que no dispone de informe médico, así como otoplastia derecha por oreja prominente en diciembre de 1989 (reconstrucción de pliegue de antehélix y resección de elipse cutánea por vía anterior) y reintervención del lado derecho en el mes de noviembre de 1990 (nueva exéresis de huso de piel retroauricular y tira de cartílago de concha) (según consta en informes de alta y protocolos de intervención).

Estado actual:

A nivel de oreja izquierda cicatriz y adherencia cercanas al orificio del conducto auditivo externo y concha, así como adherencia y retracción surco retroauricular con deformidad y separación residual en pliegue del antehélix.

En oreja derecha deformidad manifiesta en parte externa de pabellón auricular consistente en pliegue del cartílago que se extiende verticalmente desde el borde libre de la oreja (hélix) hasta cartílago de la concha. En surco retroauricular se aprecian puntos de sutura en plano subcutáneo superficial.

Como tratamiento de las deformidades descritas se plantea:

Oreja izquierda: liberación de surco retroauricular y plastia de antehélix.

Oreja derecha: plastia de cartílago para intentar regularización del borde libre (hélix), suavizar pliegue vertical y realización de un nuevo pliegue de antehélix en posición adecuada.

Debido al grado de deformidad y localización, sobre todo en el lado derecho, debe preverse la necesidad de más de una intervención, así como que si bien es probable una

mejoría debe excluirse la posibilidad de una reconstrucción con un resultado final de aspecto normal”.

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 25 de junio de 2004, en el que la inspectora señala lo siguiente:

“– La paciente reclama por su disconformidad con los resultados de la intervención realizada el 11 de noviembre de 1990 y expone que reclama en el momento que le diagnostican las secuelas definitivas e irreversibles. Sin embargo ella misma (hoja 3), el Jefe de Servicio de Cirugía Plástica y Quemados (hoja 45, ha sido programada para intervenir tres veces) y el Dr. A. N. en su informe pericial (hoja 104) nombran las posibles opciones de tratamiento que la paciente ha rechazado por no ofrecerle todas las garantías de resultado.

– Las secuelas de deformidad en una oreja conllevan la asimetría con la otra.

– Refiere que sufre otalgias, llama la atención en el análisis de la historia que desde la intervención en noviembre de 1990 no hay constancia de consulta por Neuralgia posquirúrgica hasta el 07/11/02 (hoja 68). La fecha de la reclamación es la misma.

– Sí hay constancia de varias consultas por problemas psíquicos:

- 04/01/95. Donde refleja que no presenta ningún cuadro psicopatológico. Problemas de la adolescencia.*
- 30/01/01. Solicitud de consulta por llanto fácil y ansiedad de meses de evolución.*
- 24/07/02. Síndrome depresivo persistente, con muchos complejos.*
- 20/01/03. Informe de la Consulta de Salud Mental, firmado por la Psicóloga: Resumen diagnóstico, cuadro adaptativo reactivo a un problema de cirugía estética que ha evolucionado con malos resultados (hoja 24).*

Es la primera vez que hay constancia en la historia clínica de la etiología del cuadro adaptativo.

– Expone que ha perdido audición, no lo acredita en ningún momento, ni se refleja en la historia, y en todo caso parece poco probable que una sordera sea consecuencia de una intervención sobre pabellón auricular.

CONCLUSIONES

PRIMERO: *Las secuelas no se pueden señalar como definitivas al no haberse descartado nuevas intervenciones (hojas 45 y 104).*

SEGUNDO: *No se aprecian pruebas objetivas de mala praxis, en las intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, para tratar el problema de Oreja derecha prominente. Previo a las dos intervenciones realizadas en el HUCA constan Hoja de autorización de intervención donde se expone que ha sido informada del proceso, diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronósticos (hojas 51 y 56).*

TERCERO: *El rechazo de los puntos de sutura de la primera intervención, es una complicación posible de cualquier herida cutánea.*

Dentro de los riesgos específicos de la “Otoplastia” está la asimetría, es decir puede no conseguirse un aspecto simétrico del cuerpo. Factores como la cicatrización y la rigidez del cartílago pueden contribuir a una asimetría normal en los rasgos corporales.

La práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta, y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse”.

OCTAVO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia, el 26 de agosto de 2004 la reclamante presentó escrito en el que, además de reiterar anteriores alegaciones, manifiesta que reclama “*por las consecuencias derivadas de todas y cada una de las intervenciones realizadas en mis pabellones auriculares*”; que “*solicitó ser examinada por un doctor especialista en cirugía plástica del INSALUD, prueba que tampoco se ha llevado a cabo*”; que lo que la Inspección Médica califica de simple asimetría de sus orejas no es tal, sino una total y absoluta deformidad, y que la prueba de la mala praxis es comprobar el estado actual de las mismas, cuando antes de las intervenciones sólo se trataba de orejas prominentes. Además, afirma que de la historia clínica se desprende que sufre de hipoacusia crónica y de otalgias, derivadas de las intervenciones quirúrgicas en cuestión, así como los problemas psíquicos que padece, debido al complejo que le produce su situación física. Resalta también que en la consulta de 27 de febrero de 2002 (previa a la otoplastia que no se llegó a realizar) el doctor A. R. indicó como diagnóstico el de “*deformidad auricular derecha postquirúrgica*”. Concluye solicitando una indemnización de 63.550 euros, así desglosada:

– Deformidad importante de ambos pabellones auriculares (bilateral): 15.000 euros.

– Perjuicio estético MUY IMPORTANTE, ponderando la edad y sexo de la que suscribiste: 22.000 euros.

– Lesiones y secuelas psicológicas: 20.000 euros.

– Hipoacusia crónica: 6.000 euros”.

NOVENO.- Requerida la historia clínica de la recurrente por la alegada asistencia en el Hospital privado “*P. S.*” de Cartagena, su Director remitió escrito de 1 de marzo de 2005 en el que, junto a otras consideraciones, manifiesta que no obra en su poder historia clínica de la paciente, pues la intervención quirúrgica a la que ésta se refiere se produjo probablemente por profesionales del INSALUD, por el procedimiento de cupo, por lo que la historia, si la hubo, sería retirada del centro, junto a las del resto de pacientes del INSALUD, cuando cesó aquel sistema de concierto, aunque no descarta que la intervención fuera realizada por un facultativo a título particular.

DÉCIMO.- Requerido nuevo informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 20 de enero de 2006, en el que la inspectora señala que las alegaciones presentadas no aportan ningún dato nuevo, concluyendo que “*está pendiente de posibilidad de intento de corrección o mejoría por el Servicio de Cirugía Plástica, con lo que no estarían agotadas las posibilidades de tratamiento*”, así como que “*se han puesto todos los medios a disposición de la paciente para corregir su situación*”.

UNDÉCIMO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, en escrito de 15 de marzo de 2005 ratifica sus previas alegaciones y añade, en lo que respecta al segundo informe de la Inspección Médica sobre la continuación del tratamiento, que los emitidos tanto por el facultativo del SMS como por su perito no garantizan (el segundo de ellos incluso la excluye) la posibilidad de una reconstrucción con un resultado final de aspecto

normal o aceptable, produciéndole daños irreversibles, físicos y psíquicos. Insiste, además, en que *“tampoco he sido examinada por un doctor especialista en cirugía plástica del INSALUD, a pesar de haberlo propuesto como prueba en el presente procedimiento”* y que *“no encontrándose mi Historia Clínica en el Hospital “P. S.”, solicita que se dirija petición a los archivos que correspondan de la Administración, con el fin de que se aporte dicha documentación al expediente administrativo, ya que no puede ser correctamente resuelto el procedimiento sin el examen de las intervenciones realizadas a la que suscribe en dicho centro hospitalario”*.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio de 25 de abril de 2006, la instructora comunica a la reclamante que, como en su escrito de 9 de abril de 2003 ésta señalaba que el hecho causante del daño se produjo con ocasión de la segunda intervención quirúrgica en su oreja derecha y la historia clínica correspondiente a tal intervención se encuentra incorporada al expediente, no procede su solicitud sobre el historial relativo al Hospital “P. S.”.

DECIMOTERCERO.- El 13 de junio de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, conforme con el informe emitido por la Inspección Médica, que no se ha acreditado la existencia de una mala praxis médica en el tratamiento dispensado a la paciente, lo que es necesario para poder apreciar la existencia de responsabilidad, según reiterada jurisprudencia que se cita al respecto.

DECIMOCUARTO.- Mediante oficio registrado el 18 de julio de 2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

I. La reclamación objeto de Dictamen ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al ser deducida por la presunta víctima de los daños que imputa al anormal funcionamiento de la Administración Sanitaria regional, estando ésta última legitimada pasivamente por tal motivo.

II. En lo que se refiere al procedimiento, deben realizarse dos observaciones de carácter esencial que condicionan la resolución que, a juicio de este Consejo Jurídico, debe adoptarse.

Ambas consideraciones se refieren a dos de los medios de prueba propuestos por la reclamante, cuyas pretensiones en este punto han sido rechazadas por la instructora por razones que no pueden compartirse.

1. Por lo que se refiere a la incorporación al procedimiento de la historia clínica relativa a la intervención quirúrgica que se dice realizada a la interesada el 6 de marzo de 1989 (según el folio 52 del expediente y folio 8 de la historia clínica remitida por el Hospital “Virgen de la Arrixaca”, Antecedente Quinto, I), se advierte que la reclamante ha venido alegando que le fue practicada en el Hospital “P. S.” de Cartagena, si bien no ha aportado documentación alguna al respecto. Ante dicha alegación, la instrucción requirió la oportuna información al citado Hospital (no perteneciente a la Administración sanitaria regional), contestando su Director que no se disponía de historia clínica de la paciente, añadiendo que las historias clínicas correspondientes a las asistencias prestadas en dicho Hospital en la fecha indicada (1989) por cuenta del entonces organismo competente INSALUD (por el procedimiento “*de cupo*”, indica), fueron retiradas por éste una vez se dejó sin efecto tal procedimiento (“*cuando se llevaron la zona quirúrgica*”, señala). Tal indicación ha de entenderse hecha por el informante en la hipótesis de que la alegada intervención quirúrgica fuese realizada a la reclamante por cuenta de dicho Organismo y no a título privado, supuesto este último que no puede descartarse a tenor de lo que manifiesta el citado Director en su informe (f. 133 y 134 exp.).

Partiendo de estas circunstancias, no puede admitirse la razón invocada por la instructora para no atender la petición de la reclamante, contenida en el otrosí de su escrito presentado el 15 de marzo de 2005 (dirigir la oportuna petición a los archivos de la Administración para intentar hallar la historia clínica de que se trata). Dicha razón, consistente en que la interesada sólo reclama por los daños causados en una de las intervenciones quirúrgicas practicadas (la de 13 de noviembre de 1990), de la que sí obra la historia clínica en el expediente, se ve desvirtuada por las reiteradas manifestaciones de la reclamante sobre las actuaciones sanitarias a las que imputa el daño, que extiende a todas las intervenciones quirúrgicas practicadas (vid. su escrito de alegaciones de 26 de agosto de 2004, reseñado en el Antecedente Octavo), insistiendo hasta en su escrito final de 15 de marzo de 2005 (Antecedente Undécimo) en la obtención de la historia clínica correspondiente a la intervención quirúrgica que afirmó le fue realizada en marzo de 1989 en el mencionado Hospital de Cartagena. Esta pretensión probatoria, sin prejuzgar el fondo del asunto, ha de considerarse pertinente, conforme con lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al venir conectada a una de las imputaciones que fundan su reclamación. Por ello, procede atender la petición contenida en el mencionado escrito de la reclamante, debiendo oficiarse a los órganos administrativos (estatal o regional) competentes en materia de archivo documental en relación con el asunto que nos ocupa, resolviendo en su momento lo que proceda a la vista de lo que resulte de dichos trámites.

2. Asimismo, tampoco puede aceptarse que se haya dado una adecuada respuesta a la solicitud de prueba pericial deducida por la reclamante en los sucesivos escritos que ha ido presentando.

En efecto, a la vista de dichos escritos, resulta indiscutible que, con la pretensión de una prueba pericial por especialista en Cirugía Plástica “*que se designe*” (es decir, no designado por la propia interesada), se está pretendiendo hacer uso del derecho previsto en el artículo 339.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable supletoriamente, que establece que el demandante podrá solicitar en su escrito inicial que se proceda a la designación judicial de perito, debiendo procederse a ello si se considera pertinente y útil, siendo el dictamen a costa de quien lo haya pedido. Y si bien es cierto que tal prueba no fue solicitada en el escrito inicial, la propia Administración posibilitó que dicho escrito fuese

ampliado en este punto, al requerirle a la reclamante que subsanara lo que la instrucción consideraba que era un defecto –por omisión– en la proposición de la prueba. Aun cuando tal defecto no existía realmente (la proposición de prueba no ha de hacerse forzosamente de un modo rituario, y en el escrito inicial de referencia la proposición de prueba documental –la incorporación de la historia clínica– se deduce sin esfuerzo del último inciso del suplico), con el indicado trámite “*subsanatorio*” la Administración posibilitó que, antes de cualquier otra actuación, la interesada solicitara en el subsiguiente escrito de 7 de marzo de 2003 la práctica de la indicada prueba pericial por perito independiente. Prueba en la que ha insistido hasta en su escrito final (vid. Antecedente Undécimo) y que es completamente distinta de los dictámenes periciales aportados por aquélla en su momento.

A partir de lo anterior, y considerando la absoluta pertinencia de tal prueba pericial (los dictámenes de 5 de febrero de 2002 y 22 de enero de 2004 aportados por la interesada se limitan a describir la asistencia sanitaria realizada a la paciente y el tratamiento que se considera que debería seguir en el futuro, pero no se pronuncian sobre la adecuación a la “*lex artis*” de la actuación médica anterior), procede que el órgano instructor designe un facultativo especialista en Cirugía Plástica conforme con los trámites establecidos en los artículos 341 y siguientes LEC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede retrotraer las actuaciones y acordar la práctica de las pruebas documental y pericial a que se hace referencia en la Consideración Segunda de este Dictamen, en los términos y por las razones expresadas en la misma. Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V. E. resolverá.

DICTAMEN 11/07.- Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 38/2004, de 23 de abril, por el que se regulan los procedimientos específicos de integración de personal laboral fijo y de carrera del Servicio Murciano de Salud en las categorías estatutarias y opciones correspondientes al mismo.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 22/01/07

Extracto de Doctrina

Si bien no se advierte infracción del ordenamiento jurídico en la exigencia de que los únicos facultativos que puedan integrarse en la opción sean los que prestan servicios en el Centro de Bioquímica y Genética Clínica, pues aquélla fue creada específicamente para agruparles, sí que debería dejarse constancia en el título de la disposición que su objeto no es meramente la modificación del Decreto 38/2004.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2005, la Dirección General de Recursos del Servicio Murciano de Salud (SMS) propone al Director Gerente del Ente sanitario que eleve a su Consejo de Administración la iniciativa normativa consistente en la modificación del Decreto 38/2004, de 23 de abril, por el que se regulan los procedimientos específicos de integración del personal laboral fijo y funcionario de carrera del SMS en las categorías estatutarias y opciones correspondientes al mismo.

Más concretamente, la iniciativa persigue modificar el Anexo del referido Decreto 38/2004, que establece una correspondencia entre las categorías y opciones estatutarias y los Cuerpos y opciones funcionariales a efectos de la integración. Dicho Anexo no contempla la opción “Laboratorio de Genética Clínica”, creada por Decreto 26/2004, de modificación del Decreto 119/2002, de 4 de octubre, por el que se configura las opciones correspondientes a las categorías del personal estatutario del SMS.

Dicha omisión impediría que los facultativos que actualmente prestan servicios, como funcionarios o personal laboral fijo, en el Centro de Bioquímica y Genética Clínica pudieran integrarse, como personal estatutario, en la categoría Facultativo Sanitario no especialista, opción laboratorio de Genética Clínica.

En definitiva, la modificación pretende actualizar y completar el Anexo del RD 38/2004.

La iniciativa se acompaña de la siguiente documentación:

- Un primer borrador del futuro Decreto.
- Una memoria justificativa de su necesidad.
- Informe del Servicio de Planificación y Costes de Personal sobre el coste de la propuesta de modificación, según el cual son cinco los funcionarios que podrían participar en los procesos de integración estatutaria que se convocaran tras la entrada en vigor del futuro Decreto. Los costes de personal derivados de las diferencias retributivas existentes entre los actuales puestos funcionariales que aquéllos desempeñan y las plazas estatutarias que pasarían a ocupar tras su cambio de régimen ascienden a un total de 41.434,58 euros, cantidad que se identifica en el informe como coste anual de la modificación propuesta.
- Una memoria-informe elaborada por el Servicio Jurídico de la Dirección General proponente.
- Certificado expedido por el Secretario General Técnico del SMS del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración del Ente, por el que se aprueba la iniciativa normativa de referencia.
- Certificado emitido por el Secretario de la Mesa Sectorial de Sanidad, acreditativo de haber sido sometido el Proyecto a la negociación colectiva en el seno de dicho órgano.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de mayo de 2006, el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad emite informe favorable al Proyecto, si bien formula una observación sobre su contenido que no será asumida ni integrada en el texto.

El informe incorpora el “Conforme” del Vicesecretario.

TERCERO.- Solicitado, en la misma fecha, el informe del Consejo Regional de la Función Pública, y antes de su emisión, se advierte un error en el primer borrador del Proyecto que, tras ser corregido, da lugar a un segundo borrador, respecto del que se reitera la consulta.

CUARTO.- El 3 de julio de 2006 se solicita informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, devolviendo ésta el expediente al objeto de ser completado con el omitido informe del Consejo Regional de la Función Pública.

Con fecha 1 de agosto de 2006, la Dirección General de la Función Pública remite certificado emitido por el Secretario del referido órgano consultivo, expresivo de su informe favorable al Proyecto.

QUINTO.- Tras reiterar la consulta a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta informa favorablemente el Proyecto, sin formular objeción ni sugerencia alguna.

SEXTO.- Elaborado el preceptivo extracto de secretaría, la Consejera de Sanidad (por delegación, el Secretario General) ordena formular la consulta objeto de este Dictamen.

Una vez incorporado un índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 11 de octubre.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo de legislación básica del Estado. Este es el caso del Proyecto sometido a consulta, en tanto que modifica un Decreto, el 38/2004, que desarrolla la Disposición Adicional Primera de la Ley 5/2001, que regula el acceso a la condición de personal estatutario de los funcionarios y contratados laborales fijos del SMS, mediante su participación en los procedimientos específicos que a tal efecto se determinen (apartado 2). Comoquiera que el objeto del Proyecto sometido a consulta es la modificación de un reglamento ejecutivo de una Ley de la Asamblea Regional, el Proyecto de Decreto también lo es y, en consecuencia, la consulta es preceptiva.

SEGUNDA.- Habilitación competencial y procedimiento.

1) La Disposición Final Primera de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud (LPE), plasmando de forma expresa la competencia reglamentaria originaria que corresponde al Consejo de Gobierno –de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, y 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia–, atribuye al referido órgano de gobierno la aprobación, a propuesta del titular de la Consejería de Sanidad, de cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el

desarrollo de la Ley, por lo que el Consejo de Gobierno es competente para aprobar como Decreto el Proyecto sometido a consulta.

2) El procedimiento seguido para la elaboración de la norma es el establecido por el artículo 53 de la Ley 6/2004, completado, en lo que se refiere a la tramitación de la iniciativa normativa en el seno del SMS, por lo establecido en el artículo 5, letra s), del Decreto 148/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la estructura y funciones de los órganos de participación, administración y gestión del referido Ente. A la luz de esta regulación, el procedimiento de elaboración de la norma sometida a consulta merece un juicio de conformidad en líneas generales, si bien cabe formular las siguientes observaciones:

a) A través de las actuaciones practicadas se instruye, como es obvio, un procedimiento para la elaboración de una disposición de carácter general, el cual, a tenor de lo que establece el artículo 25.2 de la Ley 7/2004, en relación con la Disposición Final Primera de la Ley 5/2001, habrá de culminar con una propuesta de la Consejera de Sanidad al Consejo de Gobierno, de la que carece el expediente. La referida omisión adquiere especial relevancia ante el hecho de que la consulta que se eleva a este Consejo Jurídico se efectúa no por la titular de la Consejería, lo que sería expresivo de su conformidad con el texto definitivo, sino por el Secretario General en virtud de la delegación conferida al efecto.

b) Del mismo modo, carece el expediente de la copia autorizada del Proyecto de disposición que constituye el objeto de la consulta, en contra de lo expresado en la Orden por la que se dispone solicitar nuestro Dictamen, y contraviniendo lo establecido en el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

Si bien esta omisión genera alguna incertidumbre acerca de cuál es el texto sometido a consulta, estima el Consejo Jurídico que tal condición debe predicarse del denominado como segundo borrador y que consta al folio 22 del expediente.

TERCERA.- Observaciones al texto.

Durante toda la tramitación del Proyecto, e incluso en su parte expositiva, se manifiesta expresamente que el objeto del futuro Decreto es la modificación de otro Decreto, el 38/2004, para introducir en su anexo la referencia a la opción Laboratorio de Genética Clínica. Sin embargo, la regulación propuesta va más allá de esa alteración, pues establece una condición para la integración en ella, que resulta extraña al Decreto que se pretende modificar.

En efecto, el Decreto 38/2004 establece, en su artículo 1, que la integración del personal laboral fijo y funcionario de carrera que preste servicios en el SMS se realizará en las categorías estatutarias y opciones que correspondan, según la tabla de equivalencias que se contiene en el Anexo que ahora se pretende modificar.

De conformidad con lo expuesto, para que el Proyecto se ajustara estrictamente a su objeto, es decir, limitarse a modificar el anexo del referido Decreto, actualizándolo tras la creación de la referida opción, el primer párrafo de su artículo único debería suprimir el siguiente inciso: *“en la que únicamente podrán integrarse los facultativos que actualmente presten servicios en el Centro de Bioquímica y Genética Clínica”*.

En cualquier caso, la limitación transcrita resulta acorde con las razones organizativas que, según la propia exposición de motivos del Proyecto, llevaron a la creación de la opción por el Decreto 26/2004, que perseguía agrupar las funciones desarrolladas por los

facultativos que prestan servicios en el Centro de Bioquímica y Genética Clínica, a fin de poner de relieve y singularizar las tareas desarrolladas, atendida su especificidad. Y ello con la finalidad manifiesta de que “*las personas que se integren en ella dispongan de conocimientos adecuados a las funciones propias del centro, lo que les permitirá desempeñar eficazmente tales tareas*” (informe de necesidad y oportunidad del Proyecto que daría lugar al Decreto 26/2004).

Por lo expuesto, si bien no se advierte infracción del ordenamiento jurídico en la exigencia de que los únicos facultativos que puedan integrarse en la opción sean los que prestan servicios en el Centro de Bioquímica y Genética Clínica, pues aquella fue creada específicamente para agruparles, sí que debería dejarse constancia en el título de la disposición que su objeto no es meramente la modificación del Decreto 38/2004.

Del mismo modo, y de acuerdo con el parecer del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, considera el Consejo Jurídico que sería conveniente suprimir el adverbio “actualmente”, pues si bien la clasificación de los puestos funcionariales como plazas estatutarias, subsiguiente a la integración de los actuales facultativos (artículo 6.1 y Disposición Adicional segunda, Decreto 38/2004), dificultará que en el futuro pueda incorporarse al referido Centro personal no estatutario susceptible de integrar el supuesto de hecho de la norma, ésta, en la medida en que pase a formar parte del ordenamiento jurídico debe tener vocación de permanencia.

De no ser así y pretender que agote su eficacia una vez aplicada, lo que *de facto* ocurriría tras la integración de los actuales tres facultativos, su vigencia sería meramente temporal, estableciendo las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de julio de 2005 y aplicables a las normas surgidas de la iniciativa de la Administración regional ante la ausencia de regulación propia, la exigencia de que tal circunstancia conste expresamente en el título o nombre de la disposición (Directriz 9) y que las reglas sobre finalización de vigencia de la norma consten en una disposición final (Directriz 42), extremos ambos que omite el Proyecto.

Finalmente, debe introducirse la preposición “a” entre los incisos “*con anterioridad*” y “*la asunción*” de la parte expositiva, tercer párrafo, cuarta línea, de la Exposición de Motivos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente el Proyecto de Decreto sometido a consulta, sin perjuicio de considerar que la incorporación al mismo de las observaciones realizadas contribuiría a dotarlo de una mayor calidad técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 12/07.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil U.,S.A., por los servicios de limpieza viaria en el municipio de Los Alcázares.**Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Los Alcázares****Fecha: 22/01/07****Extracto de Doctrina**

1. Como ya indicamos en el Dictamen 170/2006, las causas de resolución deberían quedar claramente expuestas en la propuesta, y ello por evidentes motivos de seguridad jurídica, pues aquélla ya debe contener todos los elementos de la resolución, no pudiendo obviarse entre su contenido, precisamente, el fundamento de la extinción del contrato.

2. Los contratos de gestión de servicio público se rigen, además de por la legislación de contratos, por las disposiciones especiales del respectivo servicio (artículos 154.1 y 155.5 TRLCAP), obligando no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (artículo 1258 CC). Tratándose de un contrato de gestión de un servicio público como la limpieza viaria, el contratista viene obligado a prestarlo con el rendimiento y la eficacia necesarias que permitan alcanzar un estándar de calidad determinado no sólo por el propio Ayuntamiento en el ejercicio de sus funciones de dirección y control de la ejecución del servicio, inmanentes a su titularidad, sino también por la percepción social acerca del mismo (sería el “uso” a que alude el precepto citado).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente del que trae causa el presente Dictamen ya fue objeto de consideración por el Consejo Jurídico en otro anterior, el 170/2006, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos.

En aquella ocasión concluíamos que el expediente carecía de una verdadera propuesta de resolución, requiriendo en consecuencia al Ayuntamiento consultante para que, por el órgano municipal competente, se dictara la correspondiente propuesta, que precisara y delimitara el objeto de la consulta, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que en ella se invocaran.

Asimismo, se requería a la Corporación Local para que completara la documentación remitida al Consejo Jurídico, informando tanto sobre la situación actualizada de la prestación del servicio, singularmente si las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente habían sido corregidas por parte de la mercantil, como acerca de la situación procesal en que se encontraba el procedimiento ordinario seguido ante la jurisdicción contenciosa, por las diferencias entre la facturación de la empresa y los precios contractuales.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de diciembre de 2006, el Alcalde-Presidente propone al Pleno de la Corporación la adopción del siguiente Acuerdo:

“1.- LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO formalizado con la mercantil “U., S.A.” del servicio de limpieza viaria en el Municipio de Los Alcázares, por los motivos que constan en el expediente.

2.- Disponer la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista, por importe de 3.044.297 ptas. –18.296,60 euros–.

3.- Requerir a U., S.A. la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por importe de 3.531,40 euros, que exceden del importe de la garantía incautada.

4.- Incorporar al expediente y a la presente propuesta el informe suscrito por el Técnico municipal, de los incumplimientos del contratista.

5.- Interesar dictamen preceptivo del Consejo Jurídico en orden a acordar la resolución del contrato de limpieza viaria.

6.- Que se libre certificación de los presentes para su traslado al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, así como a la mercantil “U., S.A.”

Según consta en la certificación expedida por el Secretario de la Corporación, la propuesta fue aprobada por unanimidad.

TERCERO.- La referida propuesta, según se manifiesta de manera expresa en la misma, persigue dar cumplimiento a lo indicado en nuestro Dictamen 170/2006, incorporando en su relación de hechos un informe de los Servicios Técnicos Industriales –que no consta en el expediente remitido a este Órgano Consultivo-, acerca de la prestación del servicio a la fecha del informe –fecha que se desconoce, pues no se indica en la propuesta de resolución–.

De la transcripción que del informe contiene la propuesta destacan los siguientes extremos:

– “La falta de un mantenimiento adecuado y preventivo hace que las máquinas barredoras se encuentren en un estado deplorable, llegando a presentar un estado elevado de abandono y suciedad y en algunas ocasiones peligro para el trabajador y presentando además, deficiencias por las que se detecta un bajo rendimiento para el trabajo que debe desarrollarse”.

A continuación describe hasta 22 incidencias, relativas a desperfectos, averías y falta de medidas de seguridad, que se aprecian en las máquinas destinadas a la prestación del servicio, cuyo mantenimiento corresponde a la mercantil adjudicataria.

Como consecuencia de las continuas roturas de las máquinas, las horas de prestación del servicio disminuyen, afirmando que entre el 1 y el 16 de noviembre de 2006, las 14 averías sufridas determinaron una pérdida de 41 horas y 20 minutos; durante el mes de octubre, se dieron 32 averías, lo que mantuvo las máquinas fuera de servicio durante un total de 62 horas.

– Los residuos inertes procedentes de la limpieza viaria se depositan en los contenedores destinados a la recogida de residuos sólidos urbanos. Ello determina que se incremente el tonelaje de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, cuyo coste asume el Ayuntamiento.

Esta afirmación se ve apoyada por la declaración de un trabajador de la contrata, quien expresamente manifiesta que “la descarga del barrido de las máquinas barredoras sigue siendo en los contenedores de residuos sólidos urbanos como anteriormente se informó en otros informes por orden de la empresa adjudicataria”. Esta declaración, de fecha 24 de noviembre de 2006, no consta entre la documentación remitida al Consejo Jurídico.

– Concluye el informe que *“se observa un empeoramiento global del servicio dado las distintas deficiencias se puede concluir que globalmente las prestaciones del servicio con relación a otros informes de fecha 24 de noviembre de 2005, de deficiencias, remitidos a la Secretaría General, ha empeorado sensiblemente. El mantenimiento que se está realizando es inadecuado, sin medios suficientes y sólo para que funcionen las máquinas de un día para otro, lo que implica el elevado y continuo número de roturas y averías, produciendo una gran falta de rendimiento y eficacia en el servicio, así como un deterioro irreparable en las máquinas. Se ha de tener en cuenta, al mismo tiempo, los incumplimientos en relación a la seguridad y higiene para los trabajadores”*.

A la luz de lo expuesto, la propuesta concluye que las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente no sólo no han sido corregidas por parte de la mercantil sino que, por el contrario, han aumentado considerablemente.

CUARTO.- La propuesta se limita a remitir las causas de resolución a las enumeradas en el extracto de secretaría incorporado al expediente originalmente enviado al Consejo Jurídico, sosteniendo la procedencia de la resolución con base en el artículo 111, letra g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Asimismo, afirma que ha de incautarse la fianza en virtud de lo dispuesto por el artículo 113.4 TRLCAP y atendido un informe del Ingeniero Técnico Municipal, de 28 de noviembre de 2006, que se incorpora al expediente, según el cual los daños y perjuicios ocasionados por U., S.A. como consecuencia de la prestación del servicio de limpieza viaria se cifra en 21.828 euros anuales, cantidad superior a la garantía depositada.

QUINTO.- La propuesta viene acompañada de la siguiente documentación:

a) Informe de Técnico Municipal, de 28 de noviembre de 2006, que cuantifica en 21.828 euros el coste anual de la práctica seguida por la mercantil de vaciar los residuos del barrido de las calles en los contenedores de residuos sólidos urbanos (RSU). El resultado de esta práctica es que tales residuos de la limpieza viaria son trasladados a vertedero por los camiones recolectores y computados como toneladas de residuos sólidos urbanos, que son pagadas por el Ayuntamiento al Consorcio de Gestión de Residuos Sólidos (C.), cuando tales residuos deberían trasladarse a vertedero por parte de U., que debería asumir su coste. Además, el vertido en los contenedores de RSU produce la rotura de éstos, dada la elevada densidad y peso de los residuos vertidos en ellos por las máquinas barredoras.

b) Informe del Secretario de la Corporación, según el cual, a 30 de noviembre de 2006, el procedimiento ordinario número 630/2005, que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cartagena, a instancias de la mercantil, se encuentra pendiente de la celebración de vista, estando señalada para el día 20 de febrero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se solicita con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que, pretendiéndose la resolución de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, el contratista ha formulado oposición a tal medida, concurriendo con ello

el supuesto previsto en los artículos 59.3 TRLCAP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), que exige el previo Dictamen del órgano consultivo correspondiente, en este caso, del Consejo Jurídico, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

Como ya se indicara en el mencionado Dictamen 170/2006, elemento esencial y necesario de la consulta a este Consejo Jurídico en materia de resolución de contratos administrativos ha de ser una propuesta que, con expresión concreta y detallada de hechos y fundamentos de derecho, precise y delimite el objeto de aquélla, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que se invoquen.

Esa propuesta, además, ha de preceder inmediatamente a la resolución contractual, la cual sólo podrá adoptarse cuando se haya formulado oposición por el contratista, tras la emisión del preceptivo Dictamen.

Estas premisas sirven de punto de partida para efectuar las siguientes consideraciones:

a) Según consta en la certificación elaborada por el Secretario de la Corporación relativa a la sesión del 1 de diciembre de 2006, la propuesta formulada por el Alcalde fue aprobada, “*en su integridad literal*”, por el Pleno. El contenido del acuerdo adoptado tiene diverso alcance, pues si en el punto 5 se aprueba interesar este Dictamen “*en orden a acordar la resolución del contrato de limpieza viaria*”, en sus puntos 1 a 3, ambos inclusive, se procede a resolver el contrato, incautar la fianza y requerir a la contratista una indemnización de 3.531,40 euros.

La aprobación por el Pleno de la propuesta formulada por el Alcalde, incluidos por tanto los apartados 1 a 3 de la misma, en tanto que adoptada por el órgano de contratación, parece constituir un acto administrativo que, lejos de limitarse a proponer la resolución del contrato, lo resuelve con las indicadas consecuencias accesorias relativas a la garantía e indemnización de daños. De ser así, la decisión municipal de extinguir el contrato se habría adoptado ya, lo que convertiría en innecesario este Dictamen. Ahora bien, ello supondría la adopción de un acuerdo prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello, pues el acto resolutorio del contrato se habría dictado con anterioridad a la emisión de este Dictamen preceptivo, determinando su invalidez. Por ello, la Corporación debería proceder a la revocación del referido acto administrativo (artículo 105.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), para, una vez recibido este Dictamen, acordar la resolución contractual con las determinaciones que se expresan en las consideraciones que siguen. En similares términos se pronunció este Consejo Jurídico en Dictamen 18/2000.

b) El trámite de audiencia.

Trámite preceptivo en los procedimientos de resolución contractual es el de audiencia del contratista, por así exigirlo el artículo 109 RCAP. En orden a entender debidamente efectuado el trámite y, atendida la finalidad que el mismo persigue, de hacer efectivo el principio contradictorio en los procedimientos de resolución contractual, debe llevarse a cabo una vez culminada la instrucción del procedimiento, e inmediatamente antes de la propuesta de resolución, como expresamente impone el artículo 84.1 LPAC. Esta exigencia supone

que si, tras la audiencia ya concedida, se realizan nuevos actos de instrucción, será necesario dar traslado de los mismos a los interesados, mediante un nuevo trámite de audiencia.

En el supuesto sometido a consulta, si bien queda acreditado que se concedió audiencia a la contratista, con posterioridad se ha realizado un nuevo acto de instrucción a requerimiento de este Consejo Jurídico, como es el informe sobre la situación actualizada acerca de la prestación del servicio, que se ha incorporado a la propuesta de resolución y que, sin embargo, no consta haber sido trasladado a la adjudicataria con plazo para formular alegaciones sobre el mismo.

Del mismo modo, tampoco se ha dado traslado a la mercantil del informe que, fechado el 28 de noviembre de 2006, cuantifica los perjuicios ocasionados al Ayuntamiento como consecuencia de la ejecución del contrato.

Esta situación coloca a este órgano consultivo en la disyuntiva de devolver nuevamente el expediente al Ayuntamiento para que éste conceda un segundo trámite de audiencia, o bien dictaminar sobre la existencia de las causas de resolución indicadas por la Corporación Local, pero sin atender a las nuevas deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto en el primero de los informes referidos. Con este último proceder, entiende el Consejo Jurídico que no se causa indefensión a la mercantil, pues los elementos de juicio que se utilizarán para llegar a la decisión sobre el fondo serán los que ya conoce la empresa, y se evita una nueva demora en la resolución del procedimiento.

Las consecuencias derivadas de la ausencia del trámite de audiencia respecto del informe de 28 de noviembre de 2006, serán tratadas en la Consideración Novena de este Dictamen, a la cual nos remitimos.

TERCERA.- De las causas de resolución.

1. La propuesta de resolución no expresa las causas de extinción contractual invocadas por la Administración, limitándose a efectuar una remisión a las contenidas en el extracto de secretaría unido al expediente originalmente enviado al Consejo Jurídico.

Como ya indicamos en el Dictamen 170/2006, las causas de resolución deberían quedar claramente expuestas en la propuesta, y ello por evidentes motivos de seguridad jurídica, pues aquella ya debe contener todos los elementos de la resolución, no pudiendo obviarse entre su contenido, precisamente, el fundamento de la extinción del contrato. En consecuencia, el acuerdo por el que la Corporación decida resolver el contrato deberá expresar las causas en que se basa la Administración municipal para adoptar tal decisión.

2. De conformidad con el extracto de secretaría a que remite la propuesta, las causas de resolución invocadas por el Ayuntamiento son las siguientes:

a) Artificial incremento de los tonelajes de RSU, debido al depósito en los contenedores destinados a tales residuos de los inertes recogidos en la labor de limpieza viaria.

b) El personal adscrito al servicio no lo presta de modo efectivo.

c) Recursos materiales inferiores a los que resultan de las condiciones de contratación. Deficiente conservación de la maquinaria adscrita a la prestación.

d) Incumplimiento de las obligaciones de retirar malas hierbas y manchas de la vía pública.

El análisis de las causas de resolución enumeradas se realiza en las siguientes consideraciones.

CUARTA.- El vertido de los residuos procedentes de la limpieza viaria en los contenedores de RSU.

Según el Ayuntamiento, U. S. A. gestiona tanto el servicio de limpieza viaria como el de recogida de residuos sólidos urbanos. Al depositar en los contenedores de RSU los inertes (hojas, polvo, piedras, tierra, etc.) recogidos en la limpieza viaria, se mezclan con la basura doméstica, lo que tiene como resultado que esos inertes incrementan injustificadamente el tonelaje de recogida, transporte y tratamiento de RSU, pues son computados por la mercantil como RSU, facturando por duplicado un mismo servicio.

La mercantil, por su parte, alega que el Pliego de Condiciones Técnicas que rige el contrato no prohíbe que se puedan utilizar contenedores ni que el costo de su eliminación sea a cargo del contratista.

1. Del uso de los contenedores de RSU para verter los residuos procedentes del barrido de las calles.

Si bien es cierta la alegación del contratista acerca de la inexistencia de una prohibición expresa de utilizar los contenedores, también lo es que el servicio debe prestarse con arreglo a las obligaciones que, como gestor de residuos, le impone la legislación medioambiental. En este sentido, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, otorga la condición de gestor de residuos a la persona o entidad, pública o privada, que realice cualquiera de las operaciones que componen la gestión de los residuos, sea o no el productor de los mismos (artículo 3, g), precisando que forman parte de esa gestión las labores de recogida, almacenamiento, transporte, valorización y eliminación de residuos (artículo 3, letra h). Que los residuos procedentes de la limpieza de las vías públicas tienen la condición de residuo urbano o municipal, lo que determina su incardinación dentro del ámbito de aplicación de la Ley, lo confirma su artículo 3, letra b).

De lo expuesto, puede concluirse sin dificultad que corresponde a la mercantil contratista la condición de gestora de residuos, lo que determina su sujeción a las obligaciones que a tales entidades impone la referida Ley, entre las cuales y por lo que aquí interesa ha de destacarse la prohibición de mezclar residuos que dificulten su gestión (artículo 12.2). Y no otra cosa es mezclar los residuos procedentes de la limpieza viaria con los residuos sólidos urbanos producidos en los domicilios particulares, cuyo tratamiento normativo es diferente, estableciendo regímenes distintos de gestión (Títulos II y III del Decreto 48/2003, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Plan de los Residuos Urbanos y de Residuos no Peligrosos de la Región de Murcia).

Los artículos 154.1 y 155.5 TRLCAP establecen que los contratos de gestión de servicios públicos se rigen por dicha Ley y “*por las disposiciones especiales del respectivo servicio*”. Esta previsión, que es una plasmación en el ámbito contractual administrativo de la norma contenida en el artículo 1258 del Código Civil, según la cual los contratos no obligan sólo a lo meramente pactado sino también a todo aquello que, según su naturaleza, sea conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, amplía las obligaciones del contratista más allá de las que derivan de la legislación de contratos o de las concretas cláusulas contractuales, pues también le serán exigibles aquellas que se establezcan en la legislación aplicable al correspondiente servicio.

Es evidente, además que, dado el carácter vicarial de la actuación del contratista en la ejecución del contrato, cuyo objeto no es otro que la prestación de un servicio público de titularidad administrativa, sería contrario al sometimiento pleno de la actuación de la Administración a la Ley y el Derecho (artículo 103.1 CE), principio íntimamente ligado a la concepción de nuestro Estado como Estado de Derecho, que la prestación del servicio público quedara fuera de dicha sujeción. En consecuencia, cabe considerar que el contratista viene obligado, en el desempeño de la prestación que constituye el objeto del contrato, a cumplir no sólo aquello que de manera expresa le imponen las cláusulas o condiciones del contrato, sino también las prescripciones legales y reglamentarias que le sean de aplicación.

En relación con el supuesto sometido a consulta, desde el momento en que el vertido de los residuos procedentes de la limpieza viaria en los contenedores conlleva su mezcla con residuos diferentes, singularmente con los urbanos originados en los domicilios particulares, lo que dificultará la gestión de los heterogéneos residuos resultantes, se está incumpliendo por el contratista con la obligación que, en forma de prohibición, le impone el artículo 12.2 de la Ley 10/1998.

2. De las repercusiones económicas del vertido en los contenedores.

Sobre el incremento en el tonelaje de RSU que supone el vertido de las máquinas barredoras en los contenedores destinados a las basuras domésticas, con el consiguiente encarecimiento de su tratamiento y eliminación, debe recordarse que, en efecto, el contrato de recogida de RSU, del que también resultó adjudicataria U., S.A., considera como residuos sólidos urbanos “*todos los restos de alimentos, envases vacíos de alimentos manufacturados, cajas de cartón, trapos, ceniza, residuos y desperdicios normales de las viviendas e industrias, así como escombros y ramas procedentes de obras y jardines*” (Pliego de Cláusulas Administrativas, 1-A). Son estos residuos los que, una vez recogidos, habrán de someterse a transferencia mediante su transporte a vertedero, tratamiento y eliminación.

Según consta en el expediente del procedimiento resolutorio del contrato de recogida de RSU que une a la mercantil con el Ayuntamiento consultante, que también está pendiente del Dictamen de este Consejo Jurídico, el Ayuntamiento asume directamente el coste del tratamiento y eliminación de tales residuos en virtud del Acuerdo plenario de 18 de julio de 2002, por el que se aprueba una fórmula de revisión de precios del contrato que incluía este extremo. Sin embargo, no consta que deba asumir el coste del transporte y eliminación de los residuos procedentes del barrido de la vía pública, el cual corresponde a la mercantil en virtud del apartado 1.1 del Pliego de Condiciones Técnicas del contrato de limpieza viaria. En consecuencia, su mezcla con los residuos domésticos, en efecto, determina que se computen como tales y, en consecuencia, sea el Ayuntamiento el que sufrague su tratamiento.

Ahora bien, ese incremento de coste para el Ayuntamiento en la gestión de los residuos sólidos urbanos, sólo cabría entenderlo como un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista y, en consecuencia, como causa de resolución del contrato de limpieza viaria, si se interpretara que la empresa no presta el servicio contratado en el extremo relativo al “*transporte de los residuos generados y la disponibilidad de vertedero o método de tratamiento de estos residuos*” (Pliego de Condiciones Técnicas del contrato de limpieza viaria, 1.1), toda vez que estas actividades no son realizadas por la mercantil en el ámbito del contrato de limpieza viaria, sino en el desarrollo del de recogida de RSU.

No obstante, lo cierto es que dicho servicio se presta de forma efectiva, teniendo la actuación de la mercantil una trascendencia puramente económica, en la medida en que el

Ayuntamiento puede estar abonando un doble precio por el transporte y eliminación de los residuos procedentes del barrido. Y ello, en la medida en que lo hace a C., dada su indebida incorporación a los residuos de origen doméstico, y también lo abona a U., S.A. como parte del precio del contrato de limpieza viaria, a pesar de que la mercantil no desarrolla esos servicios en ejecución de dicho contrato, sino del de recogida de RSU.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que, atendida esa trascendencia meramente económica, y dado que el servicio se presta de forma efectiva, la alegación de la Corporación consultante acerca del artificial incremento del tonelaje de RSU cuyo tratamiento tiene que sufragar, más que una causa de resolución contractual constituye una circunstancia que habrá de ser tenida en cuenta al momento de efectuar la liquidación de los contratos.

QUINTA.- Sobre el personal.

1. Afirma la Administración que el personal adscrito al servicio no lo presta de modo efectivo.

En este punto, el extracto de secretaría alude al folio 801 del expediente, página que corresponde a un informe del Técnico Municipal, de fecha 25 de julio de 2005, que, además de otras deficiencias en el servicio, pone de relieve que los servicios no se prestan con el número de personal especificado en el pliego, aunque sí está contratado, aludiendo al absentismo laboral como causa del deficiente rendimiento del servicio.

Por la mercantil se alega de contrario que está contratado todo el personal exigido por el pliego y que el Ayuntamiento no especifica qué parte de aquél no está prestando los servicios.

En efecto, el incumplimiento contractual en este punto no cabe considerarlo acreditado, ante la falta de precisión y vaguedad en que incurre el Ayuntamiento, que omite identificar al referido personal, con sus nombres y apellidos y categoría profesional, períodos de ausencia del trabajo, etc.

Adviértase que, dadas las graves consecuencias que para el contratista se pretenden anudar a sus incumplimientos, éstos han de quedar suficientemente concretados y determinados en el expediente, no sólo como condición para su acreditación, sino también como requisito necesario para que la mercantil pueda alegar y probar de contrario.

2. En informe de 24 de noviembre de 2005, de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento (folios 727 y ss), y en un escrito de los trabajadores a la Corporación Municipal denunciando las condiciones en las que han de desarrollar su trabajo (folio 744), se advierten indicios de incumplimiento de los deberes que, en materia de Prevención de Riesgos Laborales, incumben al empresario.

No obstante, el funcionario local que constata las circunstancias en que se prestan los servicios no las califica expresamente como vulneraciones de la normativa preventiva, lo que impide considerarlas a su vez incumplimiento de la obligación que el apartado 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares impone al contratista, respecto de la observancia de las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo, especialmente las medidas de prevención de riesgos laborales. Ello no obstante, sí podría el Ayuntamiento haber formulado la oportuna denuncia ante la Inspección de Trabajo, en orden a la averiguación y ulterior corrección de las conductas aparentemente contrarias a las normas de prevención.

SEXTA.- Deficiente conservación de la maquinaria adscrita a la prestación.

1. Esta causa de resolución se desarrolla en el extracto de secretaría en los siguientes términos:

“Dos máquinas barredoras se encuentran fuera de servicio (X y X), inutilizadas.

La máquina que sí presta el servicio está rota incumpliendo las exigencias de la seguridad y salud en el trabajo (folio 718 del expediente) siendo este informe premonitorio de la denuncia que obra al folio 811 del expediente del representante sindical de la empresa “U., S.A.” en el sentido de que un trabajador, fruto de la deficiente reparación, quedó en situación de baja tras “clavarse unos tornillos de cinco centímetros de largo a causa de estas alteraciones de la maquinaria”. Además se vierte aceite a la vía pública por su mala conservación, la maquinaria tiene un funcionamiento defectuoso, la barredora presenta roturas en la luna y sufre pérdidas de agua (folios 707 a 719 del expediente). El camión de recogida de papeleras, X, está oxidado presentando un estado deplorable. La barredora manual no funciona”.

2. Las alegaciones de la mercantil en relación con tales deficiencias se refieren al ya citado informe de 25 de julio de 2005, donde se hace constar que:

- Las máquinas están rotas durante prolongados períodos de tiempo y no son sustituidas por otras.
- Las roturas afectan a los cajones de residuos y cristales de todas las máquinas.
- Una de las máquinas entregadas por el Ayuntamiento está inservible, contraviniendo el punto 13 del Pliego de Condiciones Técnicas.
- Las máquinas pierden aceite manchando las zonas pavimentadas, no siendo adecuado su lavado y pintado.

Respecto a tales deficiencias U., S.A. alega que:

- Las máquinas que eventualmente se averían no llegan en su mayoría a cumplir un período de inactividad de una jornada, siendo sustituidas por las dos barredoras y la fregadora que la empresa aportó sin coste adicional para el Ayuntamiento.
- Los pliegos no establecen ni el número de máquinas necesarias en cada momento, ni los períodos de inactividad ni la obligación de sustitución de las mismas.
- No se detallan las máquinas con deficiencias ni las fechas ni lugares en que se producen las manchas.
- No se incumple el apartado 13 del Pliego de Condiciones Técnicas, pues la máquina está inservible, al haber sido desmontada por orden del Ayuntamiento, para su reutilización como cargadora. Además, las máquinas aportadas por el Ayuntamiento tienen siete años de antigüedad, por lo que sus averías se deben a la fatiga de los materiales.

3. Frente a la alegación de falta de especificación de qué máquinas presentan qué deficiencias, existe un informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 24 de noviembre de 2005 (folios 729 a 737), notificado a la mercantil el 19 de diciembre, en el que se recoge el resultado de la visita de inspección efectuada por un funcionario de tales servicios, acompañado por el Concejal Delegado y por el encargado de U., S.A., donde con especificación

vehículo a vehículo, se detallan todas y cada una de las averías e irregularidades presentes en cada uno de ellos, aportándose incluso fotografías claramente expresivas del deficiente estado de conservación y mantenimiento de las máquinas.

Las numerosas deficiencias plasmadas en el informe pueden resumirse así:

- Pérdidas de aceite hidráulico que afectan a la vía pública, manchándola.
- Suciedad exterior e interior general.
- Puntos de oxidación.
- Roturas de tapicería, de parabrisas, ruidos elevados en el interior de las máquinas como consecuencia de desajustes, ruedas en mal estado, cerraduras de puertas rotas, con el consiguiente riesgo para la seguridad de los trabajadores.
- Deficiente rendimiento de las máquinas por pérdidas de agua en el sistema de barrido, lo que obliga a efectuar repostajes más frecuentes.
- Desajustes o ausencia de los mecanismos de retención del polvo, lo que provoca su salida al medio ambiente, con las consiguientes molestias para los vecinos.
- Desgastes, desajustes, torceduras en los sistemas de barrido, que impiden su funcionamiento óptimo.
- Averías que generan riesgo para la seguridad de los trabajadores, como la rotura del protector lateral de la cadena de arrastre del cepillo delantero central de una barredora.
- Las barredoras cedidas por el Ayuntamiento están inservibles.
- La barredora manual no funciona.

El camión de recogida de papeleras presenta un estado deplorable (desperfectos, roturas, abolladuras, óxido), perjudicando la imagen del Ayuntamiento.

En cuanto a la incidencia de las averías en el servicio, el referido informe indica expresamente que afectan al normal desarrollo del trabajo y son determinantes de una falta de rendimiento. Resulta significativa la relación de averías allí contenida, donde se constata que en el período comprendido entre el 4 y el 23 de noviembre de 2005, al margen de las dos barredoras cedidas por el Ayuntamiento que no pueden ser utilizadas por la entidad de sus desperfectos, existen máquinas que son baja para el servicio por roturas los días 4, 5, 7, 8, 9, 14, 16, 22 y 23 de noviembre. En dos ocasiones, son hasta tres las máquinas que no pueden funcionar, lo que razonablemente puede impedir la limpieza de la vía pública con la periodicidad y frecuencia diarias exigidas en el Pliego de Condiciones Técnicas (1.1.7), y ello aunque alguna de ellas sea sustituida por la barredora o fregadora aportadas por la empresa.

Por otra parte, si bien dicha sustitución se produce cuando alguna de las máquinas es baja para el servicio, tal medida no puede suplir el deficiente rendimiento que las máquinas ofrecen en su funcionamiento diario, lo que inevitablemente redundará en la limpieza viaria.

4. El mal estado de conservación de las máquinas y su incidencia en la deficiente prestación del servicio es corroborado por el escrito que, firmado por once trabajadores, remite el representante sindical para la empresa en Los Alcázares (folio 744). En él se afirma que

la empresa no responde a las demandas de los trabajadores acerca de la maquinaria, cuyo mantenimiento diario es inexistente. Ante la imposibilidad de contar de manera continuada con el mecánico de la empresa (uno para toda la Región), las máquinas se quedan paradas durante horas. Además, las reparaciones realizadas alteran el funcionamiento de la maquinaria, dificultando a los operarios la realización de su trabajo. De hecho, tales alteraciones son señaladas en el escrito como causantes de un accidente laboral. Tampoco puede realizarse con normalidad la limpieza de las máquinas, retirando el polvo y la suciedad incrustada en las rejillas, necesaria para que funcionen correctamente los sistemas de aspiración, debido a la saturación del pozo del lavadero.

Continúan los trabajadores señalando que el bajo rendimiento de las máquinas es el causante de las quejas vecinales. Denuncian, además, que la empresa *“hace caso omiso cuando le decimos que los vehículos arrojan en la vía pública alrededor de veinticinco litros diarios de aceite hidráulico (...) a las máquinas no sólo les cuesta trabajo arrancar, sino que durante la jornada de trabajo tenemos que hacer reparaciones con artilugios para poder terminar la misma”*.

5. El deficiente estado de conservación de la maquinaria que revelan las actuaciones inspectoras de la Corporación consultante y que confirman las denuncias de los trabajadores adscritos al servicio, no resulta desvirtuado por las alegaciones de la empresa. Según ésta:

– Los pliegos no establecen el número de máquinas que deben estar disponibles en cada momento, los períodos de inactividad máximos ni la obligatoriedad de sustitución de dicha maquinaria.

En efecto, nada dicen las cláusulas y estipulaciones contractuales acerca de dichos extremos, si bien, debe recordarse, una vez más, que los contratos de gestión de servicio público se rigen, además de por la legislación de contratos, por las disposiciones especiales del respectivo servicio (artículos 154.1 y 155.5 TRLCAP), obligando no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (artículo 1258 CC). Tratándose de un contrato de gestión de un servicio público como la limpieza viaria, el contratista viene obligado a prestarlo con el rendimiento y la eficacia necesarias que permitan alcanzar un estándar de calidad determinado no sólo por el propio Ayuntamiento en el ejercicio de sus funciones de dirección y control de la ejecución del servicio, inmanentes a su titularidad, sino también por la percepción social acerca del mismo (sería el “uso” a que alude el precepto citado). Y aparece acreditado en el expediente que son numerosas las quejas vecinales formuladas respecto al servicio, como consta en los informes de los días 18, 21 y 31 de julio, y 24 de noviembre de 2005, así como en el escrito de los trabajadores de la empresa.

– La máquina barredora se encuentra inservible como consecuencia de la orden dada por el Ayuntamiento de que fuera desmontada. Sin embargo, el Ayuntamiento niega que diera tales instrucciones, lo que obligaría a la mercantil a probar su afirmación, lo que no hace.

– Las máquinas entregadas por el Ayuntamiento tienen siete años de antigüedad, justificando las averías que presentan por la fatiga de los materiales. Ha de recordarse aquí que la duración del contrato es de diez años, por lo que en el momento de concurrir a la licitación, la empresa ya debía saber que la maquinaria sufriría averías ligadas al paso del tiempo, no obstante lo cual acepta la obligación de mantenimiento que imponen los pliegos contractuales.

6. De conformidad con todo lo expuesto, cabe concluir que la empresa ha incumplido las obligaciones que, respecto a la conservación y mantenimiento de la maquinaria, le imponen el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de forma expresa, respecto de las máquinas barredoras cedidas por el Ayuntamiento, y la propia naturaleza del contrato, en la medida en que las averías y deficiencias advertidas en las máquinas derivan en la indebida prestación del servicio.

SÉPTIMA.- Incumplimiento de la obligación de retirar malas hierbas y manchas de la vía pública.

El extracto de secretaría de constante referencia alude expresamente a los apartados 1.1 y 5.1 del pliego de condiciones técnicas.

1. Malas hierbas.

El primero de los apartados, en efecto, establece dentro de los servicios obligatorios para el contratista, el de retirar las malas hierbas de bordillos, arbolado de aceras y sus alcorques, dentro del casco urbano y de las urbanizaciones. Se acredita en el expediente la existencia de malas hierbas en bordillos en informe de 14 de julio de 2005, con acta de inspección del día anterior y fotografías (C. H., día 13 de julio de 2005).

La mercantil afirma que no se establece en el contrato que todo el término municipal deba estar limpio de malas hierbas en todo momento.

Del apartado 1.1 del pliego de condiciones se desprende que sí existe obligación del contratista de extender la retirada de las malas hierbas a todo el ámbito del casco urbano y urbanizaciones, apreciándose en las fotografías adjuntas al acta de inspección del 13 de julio una calle perteneciente a una zona urbana consolidada donde, en efecto, existen hierbas en los bordillos de las aceras. Dado el tamaño de aquéllas, cabe deducir que las labores de limpieza sobre las mismas se han demorado en exceso, existiendo en consecuencia, un incumplimiento del apartado 1.1 del Pliego de Condiciones.

Ahora bien, en la documentación remitida a este Consejo Jurídico sólo queda acreditado un incumplimiento puntual, no reiterado en el tiempo ni en otros lugares del municipio, pues en ningún otro informe o acta de inspección de los que jalonan el expediente se alude a la existencia de malas hierbas en aceras o bordillos. En consecuencia, existe un incumplimiento contractual que no puede considerarse, por sí solo, como un incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales que habilitara a la Administración a resolver el contrato, si bien, sí puede ser considerado como una constatación más de la deficiente prestación del servicio que se va poniendo de manifiesto a lo largo del expediente.

2. Manchas en el asfalto.

El apartado 5 del Pliego de Condiciones circunscribe el servicio de limpieza de manchas en las vías públicas a aquellas que se hayan “*producido en la vía pública: aceite, gasoil, grasa, pintura o cualquier otro tipo de vertido que deba ser retirado, por accidentes, vuelco de vehículos, etc.*” Si bien la redacción del apartado habilitaría una interpretación estricta, que limitara la obligación a aquellas manchas que tuvieran su causa en accidentes, vuelcos de vehículos, etc., tanto la Administración como la mercantil parecen considerar que, lejos de dicha limitación del objeto de la cláusula, tienen cabida en ella las manchas que se producen en el suelo como consecuencia del uso de los contenedores de RSU.

Consta en el expediente la existencia de dichas manchas en numerosos informes de los Servicios Técnicos municipales, acompañados de las correspondientes actas de inspección y fotografías. Así, en los informes de 18, 21 y 31 de julio de 2005. Éste último, en referencia a dos actas de inspección, afirma haberse detectado una gran mancha de lixiviados o detritus procedentes del contenedor y que no se ha limpiado, siendo el aspecto del lugar donde se ubican los contenedores deplorable, por los residuos y manchas sobre el asfalto y el terrazo del paseo, así como por el olor nauseabundo que existe alrededor de los contenedores, produciendo un rechazo por parte del usuario y reclamaciones constantes de los vecinos. En el acta de inspección que se adjunta al informe, de 29 de julio de 2005, se hace constar que existe un acta del 13 de julio, donde se constataron las mismas deficiencias en el mismo lugar, sin que hayan sido subsanadas.

En consecuencia, cabe considerar que existe un incumplimiento por el contratista de su deber de ejecutar el servicio en las condiciones establecidas por el contrato, en particular por el apartado 5.1 del Pliego de condiciones técnicas.

OCTAVA.- Causa de resolución contractual: existencia.

De conformidad con la propuesta incorporada al expediente, la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento consultante para extinguir el contrato sería la contemplada en el artículo 111, letra g) TRLCAP, es decir, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

De lo expuesto en las consideraciones precedentes, cabe considerar que, en efecto, la mercantil adjudicataria ha incumplido determinadas obligaciones que le venían impuestas bien de manera expresa en el contrato, bien por la naturaleza del contrato.

Los diferentes incumplimientos que el Ayuntamiento de Los Alcázares pretende imputar a U., S.A. son de diversa consideración, como también lo es su eventual calificación como causa de resolución contractual.

En efecto, la desatención por la mercantil de determinados deberes bien no ha quedado acreditada (como las imputaciones referidas al personal de la contrata), o bien sí ha sido probada, pero sólo para poner de manifiesto incumplimientos meramente puntuales (así la no retirada de malas hierbas de la vía pública), que no resultaban suficientes, por sí solos, para considerar que la empresa había incumplido sus obligaciones contractuales esenciales.

Sin embargo, el incumplimiento de los deberes de mantenimiento y conservación de las máquinas destinadas al servicio, determinante de su bajo rendimiento operativo, que queda ampliamente acreditado a través de los diversos informes de los Servicios Técnicos municipales, acompañados por las correspondientes actas de inspección y pruebas gráficas, sí cabe calificarlo como inobservancia de una obligación contractual esencial, al igual que el reiterado incumplimiento del deber de limpiar las manchas existentes en la vía pública. Se alcanza tal conclusión al comprobar que tales omisiones por parte del contratista repercuten negativamente en el servicio cuya correcta ejecución constituye la principal y esencialísima obligación contractual, dando lugar a una deficiente limpieza viaria, apreciada por la Administración contratante, los trabajadores de la contratista y por los destinatarios del servicio: los vecinos, cuyas quejas han sido reiteradamente puestas de manifiesto por los informes del Ayuntamiento e, incluso, por los trabajadores adscritos al servicio.

En consecuencia, estima el Consejo Jurídico que la Corporación Local consultante puede proceder a la resolución unilateral del contrato, atendido el incumplimiento, por parte del contratista, de sus obligaciones esenciales.

NOVENA.- Sobre la fianza, la liquidación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

1. Dispone el artículo 113.4 TRLCAP que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Como se desprende del precepto transcrito, no todo incumplimiento contractual conlleva la potestad de la Administración de incautar la fianza, sino tan sólo aquél que puede calificarse de culpable. Nada consta en el expediente que permita considerar que el incumplimiento por la adjudicataria de sus obligaciones contractuales no responda a la propia voluntad de la empresa, a la dotación de medios para el servicio y a la organización de los trabajos que por la misma se haya decidido. En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que los incumplimientos contractuales acreditados en el expediente y que dan lugar a la resolución del contrato cabe calificarlos como culpables y, por consiguiente, procede la incautación de la fianza constituida en su momento.

2. La propuesta de resolución objeto de este Dictamen contiene la reclamación a la mercantil de una indemnización de 3.531,4 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento.

Se alcanza dicha cantidad con base en un informe elaborado por un Técnico Municipal, de fecha 28 de noviembre de 2006, que cuantifica los perjuicios en 21.828 euros. A esta cantidad se le resta el importe de la fianza cuya incautación se propone, arrojando el resultado de 3.531,4 euros. No consta que de dicho informe se diera traslado a la mercantil en trámite de audiencia.

Cabe recordar al respecto que es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005, 165/2005 y 149/2006, entre otros), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución, se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 113.4 y 5 TRLCAP, ante el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de aquella, y dado que el acuerdo de resolución contractual ha de contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida o devolución de la garantía, procede informar favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, en tanto que propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía, si bien la determinación del saldo resultante del contrato ha de efectuarse mediante un procedimiento “ad hoc” con audiencia de los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 RCAP. Dicho procedimiento, en

tanto que no conduce en sentido estricto a la resolución contractual, no exige como trámite preceptivo el Dictamen de este Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda, el Ayuntamiento consultante debe proceder a la revocación del Acuerdo plenario de 1 de diciembre de 2006, en la medida en que aprueba resolver el contrato, incautar la fianza y requerir a la contratista el abono de los daños y perjuicios ocasionados.

SEGUNDA.- De actuar la Corporación según se indica en la Conclusión Primera, procede informar favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que propone la resolución del contrato y la pérdida de la garantía constituida.

TERCERA.- Debe eliminarse de la propuesta de resolución la exigencia del abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, toda vez que no consta que se haya dado audiencia a la contratista, de conformidad con lo indicado en la Consideración Novena de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 13/07.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil U.,S.A., por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Los Alcázares.

Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Los Alcázares

Fecha: 29/01/07

Extracto de Doctrina

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005, 165/2005 y 149/2006, entre otros), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución, se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente del que trae causa el presente Dictamen ya fue objeto de consideración por el Consejo Jurídico en otro anterior, el 169/2006, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos.

En aquella ocasión concluíamos que el expediente carecía de una verdadera propuesta de resolución, requiriendo en consecuencia al Ayuntamiento consultante para que, por el órgano municipal competente, se dictara la correspondiente propuesta, que precisara y delimitara el objeto de la consulta, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que en ella se invocaran.

Asimismo, se requería a la Corporación Local para que completara la documentación remitida al Consejo Jurídico informando tanto sobre la situación actualizada de la prestación del servicio, singularmente si las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente habían sido corregidas por parte de la mercantil, como acerca de la situación procesal en que se encontraba el procedimiento ordinario seguido ante la jurisdicción contenciosa, por las diferencias entre la facturación de la empresa y los precios contractuales.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de diciembre de 2006, el Alcalde-Presidente propone al Pleno de la Corporación la adopción del siguiente Acuerdo:

“1.- LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO formalizado con la mercantil “U., S.A.” del servicio de recogida domiciliar de residuos sólidos urbanos en el Municipio de Los Alcázares, por los motivos que constan en el expediente.

2.- Disponer la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista, por importe de 3.000.000 ptas. –18.030,36 euros–.

3.- Requerir a U., S.A. la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por importe de 169.809,96 euros, que exceden del importe de la garantía incautada.

4.- Incorporar al expediente y a la presente propuesta el informe suscrito por el Técnico municipal, de los incumplimientos del contratista.

5.- Interesar dictamen preceptivo del Consejo Jurídico en orden a acordar la resolución del contrato de recogida de R.S.U.

6.- Que se libre certificación de los presentes para su traslado al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, así como a la mercantil “U., S.A.”.”

Según consta en la certificación expedida por el Secretario de la Corporación, la propuesta fue aprobada por unanimidad.

TERCERO.- La referida propuesta, según se manifiesta de manera expresa en la misma, persigue dar cumplimiento a lo indicado en nuestro Dictamen 169/2006, incorporando en su relación de hechos un informe de los Servicios Técnicos Industriales –que no consta en el expediente remitido a este Órgano Consultivo–, acerca de la prestación del servicio a la fecha del informe –fecha que se desconoce, pues no se indica en la propuesta de resolución–.

De la transcripción que del informe contiene la propuesta destacan los siguientes extremos:

- Los camiones de recogida de RSU se encuentran en un estado deplorable, debido a la falta de un mantenimiento adecuado y preventivo. Presentan un estado elevado

de abandono y suciedad, con vertidos sobre la calzada de líquidos procedentes de los alimentos, por falta de renovación de juntas.

- Se rompen gran número de contenedores, por incumplimiento del Pliego de Condiciones Técnicas en sus apartados 2.1.1, 8, 13.1, 13.2 y 13.10, que prohíben el uso del sistema de peine para la elevación de los contenedores y obligan al mantenimiento, limpieza, reparación y reposición de los contenedores.
- La zona de lavado de camiones no reúne las condiciones precisas para el desempeño de esa labor, encontrándose saturado el depósito subterráneo de aguas procedentes del lavado.
- La nave almacén está repleta de suciedad e impera el desorden, “*considerando que se puede incumplir las normas elementales de seguridad e higiene en el trabajo*”.
- Se continúa recogiendo RSU fuera del término municipal, con personal y medios adscritos al servicio. “*Los residuos recogidos se quedan en el camión y se mezclan por las noches con los procedentes de Los Alcázares, contabilizándose cuando se pesa el camión en la planta de transferencia como toneladas de RSU de Los Alcázares y por tanto pasando a ser abonadas por este Consistorio su parte proporcional de eliminación, transporte y vertedero*”. Este extremo es confirmado por la declaración de un empleado de la contratista, cuya transcripción se incorpora a la propuesta de resolución, sin que conste entre la documentación remitida a este Consejo Jurídico.
- No se cumple con las exigencias del pliego de condiciones en número y frecuencia de lavados de contenedores.

A la luz de lo expuesto, la propuesta concluye que las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente no sólo no han sido corregidas por parte de la mercantil sino que, por el contrario, han aumentado considerablemente.

CUARTO.- La propuesta se limita a remitir las causas de resolución a las enumeradas en el extracto de secretaría incorporado al expediente originalmente enviado al Consejo Jurídico, sosteniendo la procedencia de la resolución con base en el artículo 111, letra g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Asimismo, afirma que ha de incautarse la fianza en virtud de lo dispuesto por el artículo 113.4 TRLCAP y atendido un informe del Ingeniero Técnico Municipal, de 22 de enero de 2006, según el cual los daños y perjuicios ocasionados por U., S.A. como consecuencia de la prestación del servicio de recogida RSU se cifran en 187.840,32 euros, cantidad superior a la garantía depositada.

QUINTO.- La propuesta viene acompañada de la siguiente documentación:

a) Informe de Técnico Municipal, de 22 de enero de 2006, en el que se valoran las alegaciones formuladas por la contratista el 20 de enero de 2006, con ocasión del trámite de audiencia inicialmente concedido. Este informe, además de efectuar el cálculo de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, concluye afirmando que las alegaciones no desvirtúan el hecho cierto de que se ha producido una prestación irregular y deficiente de los servicios de recogida de R.S.U. y limpieza viaria, con manifiesto incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

No consta que del contenido de dicho informe se haya dado traslado al contratista.

b) Informe del Secretario de la Corporación, según el cual, a 30 de noviembre de 2006, el procedimiento ordinario número 630/2005, que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cartagena, a instancias de la mercantil, se encuentra pendiente de la celebración de vista, estando señalada para el día 20 de febrero de 2007.

En tal estado de tramitación, se remitió el expediente en solicitud de consulta, mediante escrito del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Los Alcázares, recibido en el Consejo Jurídico el pasado 19 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se solicita con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que, pretendiéndose la resolución de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, el contratista ha formulado oposición a tal medida, concurriendo con ello el supuesto previsto en los artículos 59.3 TRLCAP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), que exige el previo Dictamen del órgano consultivo correspondiente, en este caso del Consejo Jurídico, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

Como ya se indicara en el mencionado Dictamen 169/2006, elemento esencial y necesario de la consulta a este Consejo Jurídico en materia de resolución de contratos administrativos ha de ser una propuesta que, con expresión concreta y detallada de hechos y fundamentos de derecho, precise y delimite el objeto de aquélla, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que se invoquen.

Esa propuesta, además, ha de preceder inmediatamente a la resolución contractual, la cual sólo podrá adoptarse, cuando se haya formulado oposición por el contratista, tras la emisión del preceptivo Dictamen.

Estas premisas sirven de punto de partida para efectuar las siguientes consideraciones:

a) Según consta en la certificación elaborada por el Secretario de la Corporación relativa a la sesión del 1 de diciembre de 2006, la propuesta formulada por el Alcalde fue aprobada, “*en su integridad literal*”, por el Pleno. El contenido del acuerdo adoptado tiene diverso alcance, pues si en el punto 5 se aprueba interesar este Dictamen “*en orden a acordar la resolución del contrato de recogida de R.S.U.*”, en sus puntos 1 a 3, ambos inclusive, se procede a resolver el contrato, incautar la fianza y requerir a la contratista una indemnización de 169.809,96 euros.

La aprobación por el Pleno de la propuesta formulada por el Alcalde, incluidos por tanto los apartados 1 a 3 de la misma, en tanto que adoptada por el órgano de contratación, parece constituir un acto administrativo que, lejos de limitarse a proponer la resolución del contrato, lo resuelve con las indicadas consecuencias accesorias relativas a la garantía e indemnización de daños. De ser así, la decisión municipal de extinguir el contrato se habría

adoptado ya, lo que convertiría en innecesario este Dictamen. Ahora bien, ello supondría la adopción de un acuerdo prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello, pues el acto resolutorio del contrato se habría dictado con anterioridad a la emisión de este Dictamen preceptivo, determinando su invalidez. Por ello, la Corporación debería proceder a la revocación del referido acto administrativo (artículo 105.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), para, una vez recibido este Dictamen, acordar la resolución contractual con las determinaciones que se expresan en las consideraciones que siguen. En similares términos se pronunció este Consejo Jurídico en Dictamen 18/2000.

b) El trámite de audiencia.

Trámite preceptivo en los procedimientos de resolución contractual es el de audiencia del contratista, por así exigirlo el artículo 109 RCAP. En orden a entender debidamente efectuado el trámite y atendida la finalidad que el mismo persigue, de hacer efectivo el principio contradictorio en los procedimientos de resolución contractual, debe llevarse a cabo una vez culminada la instrucción del procedimiento e inmediatamente antes de la propuesta de resolución, como expresamente impone el artículo 84.1 LPAC. Esta exigencia supone que si, tras la audiencia ya concedida, se realizan nuevos actos de instrucción, será necesario dar traslado de los mismos a los interesados, mediante un nuevo trámite de audiencia.

En el supuesto sometido a consulta, si bien queda acreditado que se concedió audiencia a la contratista, con posterioridad se ha realizado un nuevo acto de instrucción a requerimiento de este Consejo Jurídico, como es el informe sobre la situación actualizada acerca de la prestación del servicio, que se ha incorporado a la propuesta de resolución y que, sin embargo, no consta haber sido trasladado a la adjudicataria con plazo para formular alegaciones sobre el mismo.

Del mismo modo, tampoco consta que se haya dado traslado a la mercantil del informe que, fechado el 22 de enero de 2006, cuantifica los perjuicios ocasionados al Ayuntamiento como consecuencia de la ejecución del contrato.

Esta situación coloca a este órgano consultivo en la disyuntiva de devolver nuevamente el expediente al Ayuntamiento para que éste conceda un segundo trámite de audiencia, o bien, dictaminar sobre la existencia de las causas de resolución indicadas por la Corporación Local, pero sin atender a las nuevas deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto en el primero de los informes referidos. Con este último proceder entiende el Consejo Jurídico que no se causa indefensión a la mercantil, pues los elementos de juicio que se utilizarán para llegar a la decisión sobre el fondo serán los que ya conoce la empresa, y se evita una nueva demora en la resolución del procedimiento.

Las consecuencias derivadas de la ausencia del trámite de audiencia respecto del informe de 22 de enero de 2006, serán tratadas en la Consideración Décima de este Dictamen, a la cual nos remitimos.

TERCERA.- De las causas de resolución.

1. La propuesta de resolución no expresa las causas de extinción contractual invocadas por la Administración, limitándose a efectuar una remisión a las contenidas en el extracto de secretaría unido al expediente originalmente enviado al Consejo Jurídico.

Como ya indicamos en el Dictamen 169/2006, las causas de resolución deberían quedar claramente expuestas en la propuesta, y ello por evidentes motivos de seguridad jurídica,

pues aquélla ya debe contener todos los elementos de la resolución, no pudiendo obviarse entre su contenido, precisamente, el fundamento de la extinción del contrato. En consecuencia, el acuerdo por el que la Corporación decida resolver el contrato deberá expresar las causas en que se basa la Administración municipal para adoptar tal decisión.

2. De conformidad con el extracto de secretaría a que remite la propuesta, las causas de resolución invocadas por el Ayuntamiento son las siguientes:

a) Recogida de RSU fuera del término municipal, prestando el servicio en el de Cartagena, en horario, con personal y medios que, de forma exclusiva, están adscritos a la prestación del servicio en Los Alcázares.

b) Deficiente prestación del servicio, concretada en las roturas de los contenedores por la utilización de un sistema de elevación de los mismos expresamente prohibido en los pliegos del contrato. Asimismo, no se realiza una adecuada limpieza y mantenimiento de los contenedores, contravieniendo los apartados 8, 13.1, 13.2 y 13.10 del pliego de condiciones técnicas. Tampoco constan en los contenedores las normas de uso de los mismos, contrariando el apartado 13.4 del pliego.

Uno de los camiones produce unos niveles de ruido contrarios al apartado 4.4 del Pliego de condiciones técnicas.

En la prestación del servicio se infringen las normas de tráfico, vulnerando el apartado 14.11 del pliego.

Hasta el 14 de julio de 2005 se contó sólo con dos camiones recolectores, cuando el pliego (apartado 4.2) exigía cuatro.

c) La empresa carece de nave-almacén propia, contravieniendo lo establecido en el apartado 14.9 del pliego de condiciones técnicas.

d) Indebida facturación de servicios extraordinarios, en contra de lo dispuesto en el apartado 2.2 de las prescripciones técnicas.

e) No realización de 12 puntos de contenerización soterrados, en contra del apartado 9 del pliego de condiciones técnicas.

El análisis de las causas de resolución enumeradas se realiza en las siguientes consideraciones.

CUARTA.- Recogida de residuos fuera del término municipal de Los Alcázares.

Según la Corporación consultante, la mercantil recoge los RSU de un camping y una urbanización situadas en el término municipal de Cartagena, utilizando medios humanos y materiales (incluidos los contenedores) adscritos al servicio en Los Alcázares, sin contar con la autorización municipal. Asimismo, indica que los residuos procedentes de dichas urbanizaciones se mezclan con los propios de Los Alcázares y, en consecuencia, se factura al Ayuntamiento de esta población las cantidades correspondientes a su tratamiento y eliminación, a pesar de que la mercantil también cobra tales servicios a los titulares del camping y a la indicada urbanización.

U., S.A., por su parte, indica que los servicios se han realizado siempre con conocimiento del Ayuntamiento y desde el comienzo de la ejecución del contrato, pues venía realizándolo la anterior concesionaria.

Consta en el expediente escrito de la mercantil, de fecha 1 de abril de 1996, por el que solicita del Ayuntamiento de Los Alcázares su autorización para realizar la recogida de RSU en el Camping Cartagonova y en Urbanización Bahía Bella, ambos ubicados en el término municipal de Cartagena. Del mismo modo se solicita autorización para recibir un canon de ambos lugares en orden a cubrir los gastos originados. El motivo de dicho canon es que ambas localizaciones se encuentran fuera del término municipal de Los Alcázares.

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento consultante acuerda, con fecha 15 de abril de 1996, requerir a la mercantil “para que presente los correspondientes convenios como requisito previo para la autorización municipal”.

El 6 de mayo siguiente, la empresa presenta la documentación requerida, indicando que *“dado que el servicio es de interés público y se venía prestando por la concesionaria anterior con la autorización de ese Ayuntamiento, continuamos el servicio a la espera de notificaciones”*. No consta en el expediente que el Ayuntamiento de Los Alcázares otorgara expresamente la autorización solicitada por U., S.A.

En los contratos privados celebrados por la empresa y los representantes del camping y de la urbanización consta que su objeto es el servicio de recogida de residuos sólidos y su eliminación en planta de transformación. Asimismo, se vincula expresamente la prestación del servicio a la vigencia del contrato administrativo con el Ayuntamiento de Los Alcázares, que deberá autorizarlo.

En atención a lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que la actuación del contratista no puede ser calificada como causa de resolución contractual. Se alcanza esta conclusión con base en las siguientes consideraciones:

a) En todo momento el Ayuntamiento ha sido consciente de la prestación del servicio en localizaciones ajenas a su término municipal, sin que conste que haya instado a la contratista a dejar de prestarlo. De hecho, desde mayo de 1996, en que la mercantil facilita a la Administración la documentación que aquella le requiere, hasta el 14 de julio de 2005, fecha del primer informe de los Servicios Técnicos municipales en que se pone de manifiesto la recogida de RSU fuera del término municipal, no consta que por la Administración se haya ordenado a la empresa que dejara de prestar el servicio.

b) La forma de proceder del Ayuntamiento tras la solicitud de autorización formulada por la empresa pudo llevar a ésta a considerar que se había concedido la autorización de forma tácita. En este sentido, cuando U., S.A. facilita a la Corporación la documentación solicitada, ya indica que, atendido el interés público del servicio, continúa con su prestación a la espera de notificaciones, lo que debió mover al Ayuntamiento bien a prohibir el servicio hasta que se obtuviera de manera expresa la autorización, o bien a concederla.

c) La propia regulación del silencio administrativo en el momento en que se solicita la autorización (artículo 43.2 LPAC, en su redacción original, anterior a la Ley 4/1999, de 13 de enero), habilitaba a la contratista para entender estimada su solicitud. No obstante, no cabía entenderlo formalmente producido, pues no se solicitó la certificación de actos presuntos que el artículo 44 LPAC en su redacción original exigía para la eficacia de este tipo de actos.

En conclusión, si bien no existía autorización expresa para la prestación del servicio, lo cierto es que la empresa actuó en todo momento de buena fe, con conocimiento del Ayuntamiento y con la aquiescencia de éste durante más de nueve años, por lo que no puede

considerarse que en este punto haya un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista.

Asimismo, si bien el contratista no expresa en su solicitud de autorización la intención de utilizar los medios y recursos adscritos al servicio en Los Alcázares, sí puede inferirse de la justificación que aquél ofrece para el cobro de precio a los usuarios ajenos al término municipal, que no es otra que la necesidad de trasladarse fuera de dicho término. Si el precio cubre meramente el desplazamiento y el servicio se encuentra vinculado a la vigencia del contrato administrativo con el Ayuntamiento, fácilmente se advierte que los medios a utilizar en la prestación de ambos servicios van a ser los mismos.

Del mismo modo, se indica por el Ayuntamiento que los residuos procedentes de fuera del término municipal se mezclan con los de éste en el mismo camión, se trasladan juntos a la planta de transferencia y se pesan juntos, de manera que se factura al Ayuntamiento de Los Alcázares por el tratamiento y eliminación de residuos procedentes de Cartagena. Sin perjuicio de considerar trasladable a este extremo la consideración efectuada en el párrafo anterior y de indicar que, de haber cumplido el Ayuntamiento con su obligación de resolver expresamente la solicitud formulada por la empresa, podría haber establecido condiciones y límites a la prestación de los servicios de referencia, prohibiendo que se mezclaran los residuos propios con los de fuera del término municipal, lo cierto es que en este aspecto sí se produce un detrimento económico para el Ayuntamiento. Por ello, la alegación del Ayuntamiento en este concreto extremo constituye, más que una causa de resolución, una circunstancia que habrá de ser tenida en cuenta al momento de efectuar la liquidación del contrato.

Por último, tampoco consta acreditado en el expediente que el hecho de prestar estos servicios fuera del Municipio vaya en detrimento de la recogida de basuras en Los Alcázares, pues si bien en informe de los Servicios Técnicos municipales se llega a afirmar tal extremo, no se aportan datos concretos y específicos al respecto. De hecho, en el informe que se incorpora a la propuesta de resolución, se afirma que la recogida en el camping y la urbanización referida se produce por las mañanas, mientras que la recogida en Los Alcázares se realiza de noche.

QUINTA.- Deficiente prestación del servicio.

La causa de resolución se concreta en los siguientes incumplimientos del contratista:

1. Carga de los contenedores utilizando un sistema de elevación expresamente prohibido por el apartado 2.1.1 de las Condiciones Facultativas y Técnicas, el de peine, que genera continuas roturas de los contenedores.

La mercantil, por su parte, no niega que utilice este sistema, aunque afirma que, de conformidad con las normas del fabricante, los contenedores soportan la utilización de los sistemas de peine y Din.

La alegación del contratista, que no niega la imputación efectuada por el Ayuntamiento, no desvirtúa el manifiesto incumplimiento de una prohibición expresamente establecida en las condiciones técnicas de ejecución del contrato y cuya infracción es expresamente calificada como falta grave. El tratamiento específico que las Condiciones Técnicas del contrato dan a esta cuestión desvela la importancia que para el Ayuntamiento tiene el cumplimiento de la obligación, en orden a evitar innecesarias roturas del material (en informe de 24 de noviembre de 2005, se afirma que existen 88 contenedores rotos como consecuencia de la

utilización del sistema de peine). Por ello, aunque según su fabricante, los contenedores puedan soportar la carga y descarga frontal mediante la utilización del sistema peine, el contratista venía obligado por los términos del contrato y, en consecuencia, debía usar las asas o pivotes laterales del contenedor para su elevación.

Existe, en consecuencia, un manifiesto incumplimiento de una obligación contractual.

2. Los contenedores se encuentran en un deficiente estado de conservación y no se procede a su limpieza con la periodicidad exigida. Tampoco la limpieza de los contenedores soterrados se ajusta a la frecuencia establecida en las Condiciones Técnicas. No se reparan adecuadamente los contenedores rotos.

La mercantil, por su parte, señala que la frecuencia del lavado es la señalada en el pliego, si bien, últimamente se redujo la duración del ciclo de lavado por cumplir la normativa en materia de restricción del uso de agua, según escrito de la Concejalía de 24 de julio (junio, en realidad) de 2005, que aporta al expediente.

a) Limpieza.

Las Condiciones Técnicas y Facultativas que han de regir la prestación del servicio exigen en su apartado 8, titulado “Limpieza y mantenimiento de contenedores”, que el contratista debe proceder a la limpieza y desinfección de la totalidad de los contenedores (unos 1.500 aproximadamente) cada treinta días. En período estival, la duración del ciclo es de siete días. El contratista ha de disponer de los medios necesarios para concluir la limpieza de todos los contenedores en el plazo establecido.

El lavacontenedor debe poder eliminar los malos olores que pueda desprender cualquier contenedor vacío, así como los restos de residuos que quedan adheridos a éste. El incumplimiento puntual de este deber se considera falta grave.

Ya en informe de 13 de noviembre de 2002 (folio 218 del expediente), el Técnico Municipal informaba que el fregado de la totalidad de los contenedores no se realizaba con la frecuencia establecida en el pliego. Al margen del deplorable estado de limpieza que ponen de manifiesto las reiteradas actuaciones inspectoras (por todos, informes de 18 de julio, 8 y 25 de octubre de 2005 y las muy expresivas fotografías de las páginas 231 a 248 del expediente), resulta especialmente significativo el informe elaborado el 24 de noviembre de 2005, como consecuencia de la visita efectuada por los Servicios Técnicos Municipales a las instalaciones de la empresa, en presencia del encargado de ésta, que, en referencia al camión lavacontenedores, manifiesta que el sistema de lavado exterior del contenedor está roto, lo que obliga a su lavado manual con un trapo una vez ha terminado el lavado interior, el cual, a su vez, resulta deficiente. En tales circunstancias, el rendimiento lavando contenedores es mínimo y resulta imposible cumplir los objetivos del pliego en cuanto a frecuencia y número de lavados.

La alegación referida a la reducción del ciclo de lavado como medida para cumplir la normativa sobre restricción del consumo de agua no puede ser admitida, toda vez que el lavado de contenedores no se prohíbe, de conformidad con la documentación aportada al expediente (folio 911), ni el Ayuntamiento dicta instrucciones concretas al respecto, más allá de la genérica e inespecífica recomendación de adoptar las medidas necesarias en orden a reducir en lo posible los consumos y de la prohibición del baldeo de calles, aceras y viales, que en nada afecta al lavado automatizado de los contenedores a que obligaba el pliego.

Cabe considerar, en consecuencia, acreditado el incumplimiento por la adjudicataria de una obligación contractual.

Esta inobservancia, además, tiene una especial relevancia, por cuanto la cláusula 4, C.12 del Pliego de Cláusulas Administrativas, establece que el incumplimiento por el contratista de su obligación de verificar la limpieza, desinfección y desinsectación de todos los contenedores de RSU, en la forma y periodicidad establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, dará lugar a la resolución del contrato.

b) Reparación de los contenedores.

El Apartado 8, tercer párrafo, de las Condiciones Técnicas, establece que diariamente se procederá a la reparación “in situ” de los desperfectos que se hayan producido en los contenedores, con material de iguales características al deteriorado.

Son reiterados los informes municipales que ponen de manifiesto la existencia de contenedores rotos y la ausencia de reparación de los mismos (informes de 14 y 22 de julio, y 7 de octubre de 2005, entre otros; fotografías obrantes a los folios 219 a 230). Además, aquellos contenedores que se han reparado lo han sido con materiales diferentes a los deteriorados, como se advierte fácilmente de la mera contemplación de las fotografías incorporadas a las actuaciones inspectoras.

En consecuencia, supone un nuevo incumplimiento de las obligaciones contractuales.

c) Exigencia de que los contenedores presenten un estado acorde con el decoro y la salubridad pública.

El Apartado 13.10 de las Condiciones Técnicas prescribe que el adjudicatario está obligado a la limpieza de los contenedores, de modo que su estado de conservación e higiene resulte acorde con las exigencias de la salubridad pública, así como del decoro (se evitarán olores, suciedad exterior, etc.).

Una vez más, son reiteradísimos los informes municipales que acreditan la existencia de malos olores (informes de 8 y 14 de octubre, entre otros), suciedad exterior (fácilmente apreciable en las fotografías incorporadas al expediente (folios 514, 521, 526, 716, 719, etc.) y ausencia de mantenimiento y limpieza en general de los contenedores.

Existe, en consecuencia, incumplimiento de las obligaciones contractuales.

3) Niveles de ruido por encima de lo establecido en las Condiciones Técnicas y vertido de lixiviados sobre el asfalto por algunos camiones recolectores (4.4).

a) Establece el punto 4.4 de las Condiciones Técnicas y Facultativas, que los niveles de ruido de los vehículos no sobrepasarán los niveles máximos de ruido establecidos por la Ordenanza Municipal correspondiente. Desconoce el Consejo Jurídico cuáles son tales niveles y si las mediciones efectuadas por los Servicios Técnicos municipales, de las cuales únicamente consta en el expediente su resultado en decibelios, fueron llevadas a cabo con los medios y en las circunstancias adecuadas para dotarlas de pleno valor probatorio, como pone de relieve el contratista en sus alegaciones. Por otra parte, la medición únicamente se efectuó un día, pues sólo consta esta circunstancia en el informe de 22 de julio de 2005, por lo que aunque se diera valor acreditativo a la medición efectuada, ésta sólo podría acreditar un incumplimiento meramente puntual de las obligaciones del contratista.

b) En cuanto al vertido de lixiviados sobre el asfalto, el apartado 4.4 de las Condiciones Técnicas lo prohíbe expresamente, calificando la infracción de esta prohibición como falta grave e imponiendo al contratista la obligación de proceder a su inmediata eliminación con medios manuales.

En el informe de 22 de julio de 2005, se recoge que un camión, identificado con su placa de matrícula y con fotografías del mismo que revelan la realidad de lo observado por el inspector, arroja lixiviados o detritus malolientes a la vía pública. Esta circunstancia es, asimismo, corroborada por el escrito de los trabajadores de la empresa, de fecha 20 de diciembre de 2005, al denunciar que los vehículos adscritos al servicio “*arrojan lixiviado por la vía pública, aceites hidráulicos y de motor*”.

La coincidencia de los hechos advertidos por la inspección municipal en julio de 2005 y los denunciados por los trabajadores de la contrata meses después, junto con el hecho de que las alegaciones de la empresa no nieguen la imputación realizada, permiten considerar acreditados los hechos y, en consecuencia, la existencia de un incumplimiento de las obligaciones del contratista, que además es calificado por el contrato como falta grave.

4. Los contenedores carecen de la indicación de las normas de uso, infringiendo el artículo 13.4 de las prescripciones técnicas.

La mercantil, por su parte, alega que existe un alto grado de vandalismo que arranca las pegatinas y que se pegan en los contenedores carteles de anunciantes particulares que tapan las pegatinas con las instrucciones.

Lo cierto es que si el adjudicatario cumpliera con sus obligaciones de limpieza y conservación de los contenedores, éstos deberían quedar libres de esos anuncios particulares a que alude en sus alegaciones. Ello no obstante, si bien queda acreditado en el expediente que hay contenedores que no cumplen lo establecido en el punto 13.4 de las Condiciones Técnicas, también se aprecian en numerosas fotografías las referidas instrucciones, por lo que el incumplimiento de la obligación sería meramente parcial o puntual.

5. En la prestación del servicio no se cumplen las normas de tráfico.

Lo cierto es que al margen de alguna alusión genérica a dicha infracción, contenida en alguno de los informes que jalonan el expediente, en ningún caso se ha indicado la infracción concreta cometida ni por qué vehículo. Asimismo, la empresa alega que el Ayuntamiento no ha impuesto ninguna sanción de tráfico a la adjudicataria, en virtud de las presuntas infracciones de circulación, lo que no ha sido desmentido por el Ayuntamiento. Procede, en consecuencia, considerar no acreditada la vulneración de lo establecido en el artículo 14.11 de las Condiciones Técnicas, ante la falta de precisión y vaguedad en que incurre el Ayuntamiento.

Adviértase que, dadas las graves consecuencias que para el contratista se pretenden anudar a sus incumplimientos, éstos han de quedar suficientemente concretados y determinados en el expediente, no sólo como condición para su acreditación, sino también como requisito necesario para que la mercantil pueda alegar y probar de contrario.

6. Hasta el 14 de julio de 2005 se contó sólo con dos camiones recolectores de RSU, a pesar de que resultaban exigibles cuatro, de conformidad con el apartado 4.2 de las Condiciones Técnicas.

La mercantil niega este extremo, afirmando que el parque disponible tanto en período invernal como estival ha sido de cuatro camiones, cuyas placas de matrícula enumera.

Sin embargo, los Servicios Técnicos municipales constatan en informe de 22 de julio de 2005 que el número de camiones y rutas es de tres, cuando debería ser de cuatro, dadas las fechas estivales en que se realiza el informe. De hecho, en otro de 25 de julio de ese mismo año, se indica que hasta el 14 de julio únicamente operaron dos camiones.

Lo cierto es que las cláusulas 2.1.3 y 4.2 del Pliego de Condiciones Técnicas, que el Ayuntamiento considera infringidas, exigen que el servicio se preste con el número de camiones que sean precisos para asegurar el cumplimiento del horario de recogida, por lo que el contratista habrá de disponer del número de vehículos con su dotación, indicados en el pliego. Adviértase que el pliego no exige que en todo momento efectúen la recogida todos los vehículos, sino sólo los que sean necesarios para la adecuada prestación del servicio dentro del horario fijado. Por ello, la obligación del contratista es disponer de tales camiones, para poder utilizarlos si la adecuada ejecución del servicio así lo requiere.

El Ayuntamiento, por su parte, no niega que la mercantil disponga de tales vehículos, sino tan sólo que no los ha utilizado; pero no prueba, ni tan siquiera alega, que destinar sólo dos o tres camiones (según la fecha) a la recogida, haya supuesto una deficiente prestación del servicio o un incumplimiento del horario de recogida señalado en el pliego.

En consecuencia, no cabe considerar que se haya incumplido en este extremo ninguna obligación contractual.

SEXTA.- Inexistencia de nave-almacén.

Según el Ayuntamiento, el contratista carece de la nave-almacén que el apartado 14.9 de las Condiciones Técnicas le exige tener. Afirma que la mercantil viene utilizando una nave municipal, sin abonar al Ayuntamiento el alquiler correspondiente.

La mercantil alega que desde el inicio de la contrata ha dispuesto del local requerido, ocupando en régimen compartido la nave que usaba en régimen de alquiler. Aporta convenio con el Ayuntamiento, en cuya virtud la empresa le pagará un alquiler de 610,03 euros por mes en concepto de canon por arrendamiento del local.

Al margen de la deuda que pueda existir entre mercantil y Administración local como consecuencia del impago del arrendamiento, y que habrá de ser tenida en cuenta al momento de efectuar la liquidación del contrato, lo cierto es que la empresa cuenta, en tanto que hace uso de ella con consentimiento del Ayuntamiento, con una nave-almacén, que es lo que le exige el pliego de condiciones técnicas, por lo que no se advierte incumplimiento de su apartado 14.9.

SÉPTIMA.- Indevida facturación de servicios extraordinarios.

Según el Ayuntamiento, por la mercantil se ha facturado de modo adicional, en concepto de servicios extraordinarios, actuaciones que debe asumir el contratista sin coste suplementario para la Administración, ignorando lo establecido en el apartado 2.2 de las Condiciones Técnicas.

Una vez más, la falta de concreción del Ayuntamiento impide tomar en consideración esta imputación como causa de resolución contractual, pues la cláusula impone al contratista la obligación de realizar los servicios extraordinarios de recogida de basura, enseres

o ramajes que le solicite el Ayuntamiento, debiendo asumir el contratista el coste de tales servicios hasta un máximo de 10 por año natural. En consecuencia, si se realizan servicios extraordinarios por encima de este límite, el contratista puede facturarlos adicionalmente.

En los folios 543 a 654 del expediente, constan numerosas facturas giradas por la mercantil a la Corporación Local entre las cuales puede advertirse un gran número que parecen corresponder a servicios extraordinarios. Ahora bien, ello no prueba un incumplimiento del contratista, pues no consta el número de servicios extraordinarios prestados durante cada año natural por la adjudicataria, ni si ésta ha asumido o no el coste de los 10 que de conformidad con el pliego le corresponden.

En cualquier caso, la trascendencia económica de esta alegación debería ser tomada en cuenta al momento de la liquidación del contrato, si se efectúa una prueba adecuada acerca de los extremos indicados *ut supra*.

OCTAVA.- No ejecución de la totalidad de los puntos de contenerización soterrados.

Según el Ayuntamiento, la mercantil sólo ha ejecutado 10 puntos de contenerización soterrados, cuando venía obligada a construir 22 (20 exigidos por el pliego (apartado 9) y 2 más ofertados por la empresa como mejora).

U., S.A., por su parte, afirma que la Corporación le dispensó de construir los contenedores soterrados que faltaban, al aprobar, por Acuerdo del Pleno de 18 de julio de 2002, la fórmula de revisión de precios propuesta por la adjudicataria, en cuyo apartado de “Contraprestaciones”, se prevé la no construcción de los puntos de contenerización restantes.

El Ayuntamiento niega que dicho Acuerdo amparara la dispensa alegada.

1. De la lectura conjunta del referido Acuerdo plenario (folio 212 del expediente) y del escrito presentado por la contratista, de fecha 5 de junio de 2002, en el que se formula la propuesta de revisión de precios (folios 181 y ss), destacan los siguientes extremos:

a) La fórmula de revisión de precios propuesta por la mercantil es una fórmula polinómica, que permite la actualización automática del precio del servicio con ocasión de la alteración de cualquiera de las variables que contempla.

b) De conformidad con la propuesta, esta fórmula se aplicaría desde el 1 de abril de 2002, consignándose expresamente: “*Todo ello de acuerdo con el Anexo Técnico justificativo que se acompaña como documento número 1*”.

c) El referido anexo se divide en tres apartados: justificación de medios, modelo económico y contraprestaciones.

d) El apartado contraprestaciones indica que “*como contraprestación a la revisión propuesta*”, se establecen las siguientes:

- “*No realización de los contenedores soterrados*”, que se valoran en 120.202,46 euros.
- “*Construcción nave de servicios*”, por valor de 240.404,84 euros.
- “*Suministro Camión Cuba 8 m³*”, por valor de 72.121,45 euros.

e) El Pleno de la Corporación, en sesión de 18 de julio de 2002, acuerda “*aprobar la fórmula de revisión del canon, tal y como aparece recogida en el expediente*”.

2. El Acuerdo Plenario aprueba la fórmula de revisión propuesta por la adjudicataria sin efectuar matización o reserva alguna, pues adopta dicha fórmula tal y como aparece recogida en el expediente. Es decir, se acepta en todos sus términos la proposición económica de la contratista, la cual no puede ser reducida al mero polinomio de cálculo del precio, como parece interpretar ahora el Ayuntamiento.

Y no puede hacerlo porque la mercantil construye su proposición de nuevos precios como un todo, vinculando su aplicación a todos los extremos que se contienen en la propuesta, al establecer expresamente que se hará de acuerdo con el Anexo, donde se contiene la no realización de los contenedores soterrados.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que el Pleno del Ayuntamiento consultante dispensó a la mercantil de la realización de los puntos de contenerización soterrados que restaban por construir, de forma que, si la aceptación de la proposición económica del contratista pretendía excluir las contraprestaciones ligadas a la fórmula polinómica, debía haber matizado el alcance de su acto de aprobación de la revisión de precios, lo que no hizo. Por consiguiente, no se advierte incumplimiento del contratista al no construir los contenedores soterrados que restaban por ejecutar al momento de adoptarse el Acuerdo de 18 de julio de 2002.

Ahora bien, el mismo apartado de “contraprestaciones” de la oferta económica del contratista que permite considerarle dispensado de la construcción de los contenedores soterrados, establece nuevas obligaciones para la mercantil, pues ésta se compromete a construir una nave de servicios por valor de 240.404,84 euros y aportar un camión cuba, por valor de 72.121,45 euros, siendo ambos bienes cedidos al Ayuntamiento, corriendo los costes de amortización y financiación de cuenta del contratista. Nada se dice en el expediente acerca del cumplimiento por parte del contratista de estos compromisos, pero baste indicar ahora que si no se hubieran llegado a ceder a la Corporación los referidos bienes, ello constituiría un nuevo incumplimiento de obligaciones contractuales, a las que convendría incluso el calificativo de esenciales, atendido el valor económico de las mismas y el hecho de que persiguen compensar la no realización por el contratista de obligaciones de tal carácter.

NOVENA.- Causa de resolución contractual: existencia.

De conformidad con la propuesta incorporada al expediente, la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento consultante para extinguir el contrato sería la contemplada en el artículo 111, letra g) TRLCAP, es decir, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

De lo expuesto en las consideraciones precedentes, cabe considerar que, en efecto, la mercantil adjudicataria ha incumplido determinadas obligaciones que le venían impuestas de manera expresa en el contrato.

Los diferentes incumplimientos que el Ayuntamiento de Los Alcázares pretende imputar a U., S.A. son de diversa consideración, como también lo es su eventual calificación como causa de resolución contractual.

En efecto, la desatención por la mercantil de determinados deberes bien no ha quedado acreditada (como las infracciones de tráfico en que incurrirían los vehículos encargados del servicio durante su prestación, el hecho de no disponer de nave-almacén, la facturación indebida de servicios extraordinarios o la no realización de los contenedores soterrados), o bien sí ha sido probada, pero sólo para poner de manifiesto incumplimientos meramente

puntuales (así, la no constancia en los contenedores de las normas de uso), que no resultaban suficientes, por sí solos, para considerar que la empresa había incumplido sus obligaciones contractuales esenciales.

Sin embargo, el incumplimiento de los deberes de limpieza, mantenimiento y conservación de los contenedores, que queda ampliamente acreditado a través de los diversos informes de los Servicios Técnicos municipales, acompañados por las correspondientes actas de inspección y pruebas gráficas, sí cabe calificarlo como inobservancia de una obligación contractual esencial, la cual, además, es calificada expresamente por el Pliego como causa de resolución contractual. También cabe considerar como incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales la existencia, persistente en el tiempo, de averías en los camiones que prestan el servicio, que propicia el vertido de detritus y lixiviados en la vía pública, al igual que el reiterado incumplimiento de la prohibición de usar el sistema de peine para la elevación de los contenedores, causando numerosas roturas en los mismos, las cuales, además, no son reparadas diariamente, como exige el pliego. Se alcanza tal conclusión al comprobar, de la mano de los informes municipales, que la inobservancia por parte del contratista de estas obligaciones repercuten negativamente en el servicio, cuya correcta ejecución constituye la principal y esencialísima obligación contractual, dando lugar a una deficiente prestación y afectando además, negativamente, a la imagen del Municipio.

Del mismo modo, el expediente arroja otros diversos incumplimientos del contratista que, sin embargo no han sido incorporados a la propuesta como causa de resolución, tales como el incumplimiento de las obligaciones de aportar planos digitalizados con la ubicación de los contenedores; limpiar la vía pública alrededor de los contenedores; vertido de los ramajes procedentes de las podas en los contenedores de RSU, cuando el Pliego exige la utilización de un camión al efecto, etc.

En consecuencia, estima el Consejo Jurídico que la Corporación Local consultante puede proceder a la resolución unilateral del contrato, atendido el incumplimiento, por parte del contratista, de sus obligaciones esenciales.

DÉCIMA.- Sobre la fianza, la liquidación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

1. Dispone el artículo 113.4 TRLCAP que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Como se desprende del precepto transcrito, no todo incumplimiento contractual conlleva la potestad de la Administración de incautar la fianza, sino tan sólo aquél que puede calificarse de culpable. Nada consta en el expediente que permita considerar que el incumplimiento por la adjudicataria de sus obligaciones contractuales no responda a la propia voluntad de la empresa, a la dotación de medios para el servicio y a la organización de los trabajos que por la misma se haya decidido. En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que los incumplimientos contractuales acreditados en el expediente y que dan lugar a la resolución del contrato cabe calificarlos como culpables y, por consiguiente, procede la incautación de la fianza constituida en su momento.

2. La propuesta de resolución objeto de este Dictamen contiene la reclamación a la mercantil de una indemnización de 169.809,96 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento.

Se alcanza dicha cantidad con base en un informe elaborado por un Técnico Municipal, de fecha 22 de enero de 2006, que cuantifica los perjuicios en 187.840,32 euros. A esta cantidad se le resta el importe de la fianza cuya incautación se propone, arrojando el resultado de 169.809,96 euros. No consta que de dicho informe se diera traslado a la mercantil en trámite de audiencia.

Cabe recordar al respecto que es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dic-támenes 75/2000, 103/2003, 82/2005, 165/2005 y 149/2006, entre otros), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución, se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 113.4 y 5 TRLCAP, ante el incumplimiento culpable del contratista, procede la incautación de la garantía, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de aquélla, y dado que el acuerdo de resolución contractual ha de contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida o devolución de la garantía, procede informar favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, en tanto que propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía, si bien la determinación del saldo resultante del contrato ha de efectuarse mediante un procedimiento “ad hoc” con audiencia de los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 RCAP. Dicho procedimiento, en tanto que no conduce en sentido estricto a la resolución contractual no exige como trámite preceptivo el Dictamen de este Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda, el Ayuntamiento consultante debe proceder a la revocación del Acuerdo plenario de 1 de diciembre de 2006, en la medida en que aprueba resolver el contrato, incautar la fianza y requerir a la contratista el abono de los daños y perjuicios ocasionados.

SEGUNDA.- De actuar la Corporación según se indica en la Conclusión Primera, procede informar favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que propone la resolución del contrato y la pérdida de la garantía constituida.

TERCERA.- Debe eliminarse de la propuesta de resolución la exigencia del abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, toda vez que no consta que se haya dado audiencia a la contratista, de conformidad con lo indicado en la Consideración Décima de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

DICTAMEN 14/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. P. O., como consecuencia de los daños sufridos en un palomar de su propiedad.**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 29/01/07****Extracto de Doctrina**

Dentro de la conocida doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del servicio público docente no universitario, se ha destacado por este Consejo Jurídico (Dictamen 127/06) que, cuando las víctimas de los daños son ajenas a dicho servicio, se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad que es posible apreciar con facilidad tanto en la jurisprudencia como en la actividad de los diversos órganos consultivos, no constituyendo una excepción este Consejo Jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Don A. P. O., a través del Colegio Público de Educación Especial “Primitiva López” de Cartagena, presentó reclamación el 21 de diciembre de 2005 por daños causados en su patrimonio que valoró en 7.300 euros más el importe de la factura que acompaña, por 100 euros, daños que imputa a un alumno del referido Centro escolar, el cual, sustrajo y dio muerte a cinco palomas del palomar de su propiedad, siendo cuatro de ellas reproductoras y todas con historial deportivo en colombofilia, además de que destruyó la jaula del palomar en donde se encontraban, afirmaciones que acredita con diversos documentos.

El interesado describe los hechos y daños siguientes:

“Rotura de la trampilla de entrada de las palomas en el palomar, que es necesaria para que las palomas puedan entrar en el mismo, pero una vez dentro no puedan salir, cosa que se consigue mediante la colocación de unos balancines que son empujados por las palomas en la entrada y que impiden su salida, dichos balancines fueron destrozados, así mismo se rompieron para poder acceder al inferior del palomar, parte de los tableros de madera que lo forman y la tela metálica de los mismos, se hace constar que los daños de los tableros y tela metálica fue realizada tanto en el palomar de cría como en el de vuelo.

Del interior de los palomares se sustrajeron un total de cinco palomas, que corresponden a los números que se describen más abajo, cuatro de ellas eran palomas totalmente dedicadas a la reproducción ya que había sido constatada su valía tanto por sus historiales deportivos que se adjunta, como por la descendencia que de ellas se obtenía, con lo que su pérdida es irreparable para poder conseguir los resultados que ya se tenían constatados, así mismo se hace constar que algunas de ellas eran palomas adquiridas en otras Regiones, más concretamente Galicia, que fueron traídas a mi palomar y una vez probada su valía pasadas a la reproducción, todo esto hace que la pérdida de esas cuatro palomas por mi parte la considere un desastre y que será muy difícil volver a los resultados anteriores a los hechos.

Del palomar de competición se sustrajo una sola paloma.

VALORACIÓN DE LOS DAÑOS

La reparación de los daños, los ocasionados en la estructura del palomar descritos más arriba fue de 100 euros más su IVA correspondiente, factura que se acompaña.

La valoración de los animales que han desaparecido del palomar, y dada la naturaleza de los mismos y el fin al que estaban destinados es el siguiente:

- Paloma Anilla nº X del año 2002 reproductor: 2500 euros.*
- Paloma Anilla nº X del año 2001 reproductor de Galicia: 1500 euros.*
- Paloma Anilla nº X del año 2001 reproductor: 1500 euros.*
- Paloma Anilla nº X del año 2002 reproductor: 1500 euros.*
- Paloma Anilla nº X del año 2004 competición (vuelos): 300 euros.*

El importe total de las palomas es de 7300 euros, al que hay que añadir la factura de los daños en la estructura.

PRUEBAS QUE SE APORTAN

Se aporta historiales deportivos de las palomas debidamente certificados por la Federación Colombófila de la Región de Murcia, en los cuales se puede apreciar la valía de las palomas así como que dichas palomas son de mi propiedad, ya que dichos números constan en la base de datos de la misma que corresponde a competiciones y concursos, así mismo se adjunta el censo anual presentado por mí a la misma con fecha finales del año 2004, en el cual se puede apreciar que esas palomas son de mi propiedad, censo que es obligatorio presentar anualmente, y del cual tiene copia tanto la Federación Colombófila de la Región de Murcia como la Real Federación Colombófila Española. Se adjunta factura de la Empresa que realizó las reparaciones en el palomar en la cual se detallan los trabajos realizados”.

SEGUNDO.- La Directora informa de que el alumno al que se refieren los hechos relatados en la reclamación es D. R. L., que se encuentra escolarizado en el centro desde hace 10 años, presentado una deficiencia mental ligera y displasia perisilviana, minusvalía que le impide el lenguaje oral, comer y beber normalmente, añadiendo que desde el curso pasado sufre crisis epilépticas. Destaca la funcionaria también sus “conductas de tipo asocial” no valoradas ni tratadas por especialista “por impedimentos maternos”, según refiere. Centra los días en que ocurrieron los hechos en el 14 y 21 de octubre y 7, 18 y 23 de noviembre, fechas en las que de forma imprevisible el alumno escapa al control del profesorado y trepando por la valla del Colegio se introduce en las fincas vecinas, sin miedo a obstáculos de ningún tipo, siendo sus reacciones provocadoras y desafiantes ante las reprimendas. En particular, sobre la imputación de la muerte de las palomas y destroz del palomar especifica:

“El mismo día 23 de noviembre, el vecino se persona en el Centro y nos advierte de que le faltan palomas mensajeras muy valiosas, atribuyendo los desperfectos del palomar y la falta de los animales a la actuación del referido alumno, por lo que manifiesta la reclamación. La Dirección del Centro le informa que no ha tenido posibilidad de saber qué palomas ha cogido y qué ha hecho con ellas. También le informa que todos los días que se ha escapado del Colegio, la madre se ha llevado directamente al hijo desde la finca y refiere que no llevaba ninguna paloma consigo, aunque es posible que las haya tirado. El

Colegio, con todas las posibilidades de que dispone como Centro de Educación Especial, no tiene más recursos permitidos para contener al alumno, por lo que, solicitó de inmediato al Servicio de Atención a la Diversidad la ampliación en altura del vallado del patio, con la pretensión de que frene las escapadas del recinto escolar”.

“Las circunstancias del alumno y de su familia se pusieron a principios del curso pasado en conocimiento del Servicio de Atención a la Diversidad y de la Inspección de Educación por lo que tiene de responsabilidad el asumir la escolarización sin la debida atención clínica. Por otra parte, el tener que estar sólo pendiente de evitar los múltiples riesgos que su conducta origina, tanto por él mismo como por sus compañeros, está mediatizando el desarrollo de D., reduciéndolo a una atención asistencial al no poder llevar a cabo realmente los programas educativos.”

Así mismo, el Orientador destaca, entre otras conductas antisociales y agresivas de dicho alumno, el que ha manifestado crueldad física con animales, añadiendo que *“a lo largo de este comienzo de curso se ha escapado del colegio para saltar a una granja cercana, una vez allí sube al palomar donde aprovecha para causar tanto destrozo como le es posible...”*

TERCERO.- El 6 de marzo de 2006 don A. P. compareció en las dependencias del Servicio Jurídico de la Consejería consultante afirmando, a preguntas de la funcionaria, que no estuvo presente ni vio cómo el alumno se introducía en el palomar y mataba a las palomas pero que fue un vecino y el propio Centro los que se lo confirmaron. También respondió sobre la identidad de los ejemplares en el sentido de que se sabe las palomas que fueron muertas porque el censo de su palomar es imprescindible presentarlo ante determinados organismos oficiales para poder concursar en campeonatos de colombofilia. Respecto a la valoración de los ejemplares afirmó que *“nadie puede certificar lo que vale cada paloma”*, pues la Federación Colombófila sólo puede justificar que las palomas son de su propiedad y que tienen esa historia deportiva, siendo él mismo quien realizó la valoración de las palomas en función de los kilómetros que recorran y teniendo en cuenta que es una gran labor que éstas lleguen a ser campeonas, además de que eran reproductoras que ya no podrán dar crías; señala como ejemplo de valor de mercado lo que le podría costar comprar un pichón: 300 euros, *“y sin saber si saldrá bueno o no”*.

CUARTO.- Intentado sin éxito el encargo de una primera valoración pericial de los animales muertos, con fecha 7 de junio de 2006 se incorporó al expediente el dictamen pericial de don M. M. G., Profesor Titular del Área de Toxicología de la Facultad de Veterinaria de la Universidad de Murcia, en el cual se concluye:

“1-Tras revisar y analizar exhaustivamente la documentación presentada por D. A. P. O., estamos en disposición de dictaminar la adecuación en la tasación de los ejemplares de las palomas relacionadas en su instancia. 2-El importe total de la tasación de las palomas afectadas, es de 7.300 euros”.

Conferido trámite de audiencia al reclamante, la instructora formuló propuesta de resolución estimatoria de lo reclamado, la cual fue sometida a informe de fiscalización (20 de julio de 2006) emitido en sentido desfavorable a aquella estimación dado que, según se dice, resulta necesario completar el expediente para acreditar la autoría de los hechos.

QUINTO.- Para subsanar las deficiencias manifestadas por el Interventor General, se completó el expediente con instrucción adicional, constando ahora, además de las actuaciones primitivas, un informe de la Directora del Centro Público de fecha 10 de octubre de 2006, en el que

se afirma que el alumno D. R. se escapó del colegio los días 14 y 21 de octubre y 7, 18 y 23 de noviembre del año 2005 y que fue visto introducirse en el palomar del vecino denunciante, apalea la estructura del mismo y, en al menos tres ocasiones, exhibir una paloma sustraída. A continuación se exponen testimonios de la propia Directora, de la Jefe de Estudios, de un auxiliar educativo del colegio y del conserje del centro, que son suscritos y firmados por los mismos, relatando lo que pudieron observar tres de los días citados, resultando probado:

- Que se escapó del centro los días indicados por la Directora.
- Que fue visto golpeando el palomar con una estaca.
- Que estas cuatro personas le vieron con palomas, que dos de esos días las llevaba agarradas por el cuello y sin que se apreciara aleteo.

Como conclusión a lo anterior, los profesionales anteriores manifiestan: *“De todo lo cual podemos deducir, que, debido a su trastorno, y, pese a que no pudimos comprobar ningún día la evidencia de la muerte de los animales reclamados por su dueño, existen bastantes indicios para asegurar que D. pudo haber ocasionado su desaparición por muerte o maltrato.”*

Se adjunta también un informe del Orientador del centro en el que se indica que este alumno, a consecuencia del trastorno que padece, ha venido mostrando crueldad física en distintos grados con animales, incluso ha llegado a finalizar con la muerte del animal, y que por todo ello, cuando se introdujo en el palomar cercano al colegio es probable que diera muerte a las palomas tal y como denuncia su propietario.

Sometida una nueva propuesta estimatoria a informe de fiscalización, concluyó éste que “se puede presumir que el autor de la desaparición de las palomas y los destrozos ocasionados en la jaula fue el alumno del centro educativo “Primitiva López” D. R. L.”, emitiendo en consecuencia fiscalización favorable al gasto propuesto (20 de noviembre de 2006), tras lo cual fue solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 29 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por quien sufre el daño en sus bienes, que es persona interesada a tenor del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público de educación especial pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante.

En cuanto al plazo para su ejercicio, la acción se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Dentro de la conocida doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del servicio público docente no universitario, se ha destacado por este Consejo Jurídico (Dictamen 127/06) que, cuando las víctimas de los daños son ajenas a dicho servicio, se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad que es posible apreciar con facilidad tanto en la jurisprudencia como en la actividad de los diversos órganos consultivos, no constituyendo una excepción este Consejo Jurídico (Dictamen 226/2002, que afirma el derecho a ser indemnizada de una abuela quien, al acudir al colegio a recoger a su nieto, sufre lesiones como consecuencia del choque con una menor en el patio del centro). Dicha objetivación se aprecia cuando ante circunstancias fácticas similares –por ejemplo, choques o balonazos fortuitos–, se alcanzan conclusiones diferentes en orden a la existencia o no de responsabilidad, según que el dañado sea otro alumno o un tercero ajeno al servicio público docente.

En la base de esta tendencia quizás se encuentre la influencia de la doctrina francesa cuando sostiene que las ventajas que reporta al usuario (entiéndase aquí el alumno) el funcionamiento del servicio excluyen la responsabilidad, que sólo se aplicaría en los casos en que la víctima tiene la consideración de tercero. O quizás se deba a la exigencia de un estándar de cuidado o vigilancia sobre los alumnos superior al tradicionalmente considerado del “*bonus pater familiae*”, en aquellos casos en que la actuación de éstos puede afectar a terceros ajenos al ámbito docente, de tal forma que, ante el dato objetivo de la producción del daño, se declara la existencia de responsabilidad. No se olvide que la exigencia de medidas de vigilancia debe estar adecuadamente fijada en atención al hecho de que los niños por su corta edad son propensos al descontrol y a una cierta agresividad, aunque no sea intencional, pero de la que no se puede hacer responsable al menor sino a la Administración.

Son ejemplos claros de esta responsabilidad realmente objetiva, donde lo crucial es la producción del daño y el origen de éste en la actuación de los escolares, la sentencia de 25 de mayo de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), que declara la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa en el supuesto de una madre que, al llevar a su hijo a clase y mientras atraviesa el patio del centro, recibe un balonazo fortuito que le ocasiona diversas lesiones; o la de 2 de junio de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que igualmente condena a la Administración a abonar a la reclamante una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del balonazo recibido cuando se encontraba en el interior de un centro escolar. Del mismo modo, el Consejo de Estado, en Dictamen 3117/1997, estima procedente indemnizar a una abuela que sufre un golpe de balón en un colegio, cuando acompañaba a su nieta de corta edad. Otros supuestos paradigmáticos de esta línea jurisprudencial, que por conocida resulta excusable su cita concreta, son aquellos en los que los daños son producidos por acciones de los escolares sobre vehículos aparcados en las inmediaciones del centro al que asisten los niños.

En todos estos casos el acento se pone sobre la antijuridicidad del daño, en la medida en que los terceros ajenos al servicio no vienen obligados a soportar los daños derivados de aquél, salvo que con su actuación se hubieran puesto en disposición de sufrirlos.

Por todo ello, es preciso constatar si el daño pudiera ser imputable en todo o parte a la víctima, para así considerar si tenía el deber jurídico de soportarlo, y determinar, por tanto, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, si ha de ser considerado como lesión indemnizable; no existe en las actuaciones practicadas indicio de que al reclamante le fuera exigible conducta alguna para evitar el daño.

La propuesta de resolución concluye en la estimación de lo reclamado en base a dos argumentos:

Primero.- El daño patrimonial existe y se acredita documentalmente, en cuanto hay una pérdida de cinco ejemplares de palomas de colombofilia, anilladas y numeradas, y una factura de reparación del palomar donde éstas se encontraban, siendo dicho detrimento evaluable económicamente, el cual se valora en 7.300 euros, más 100 euros de reposición del palomar por el interesado (116 según la factura aportada por el reclamante). Tal tasación ha sido avalada por el perito de la Administración (Informe del titular del Área de Toxicología de la Facultad de Veterinaria de la Universidad de Murcia).

Segundo.- El autor de los hechos es, con gran probabilidad, el alumno del Centro “Primitiva López” D. R. O., que escapaba de la custodia de dicho centro, de lo que resulta la imputabilidad del daño a la Administración Educativa en tanto a ella le corresponde la guardia y custodia de los pupilos a su cargo, como una parte de la prestación del servicio público educativo (bajo el estándar de “buen padre de familia”), requiriéndose doctrinal y jurisprudencialmente un plus de exigencia en su cometido cuando de alumnos que pertenecen a colegios de Educación Especial se trata, de lo que resulta la existencia del necesario nexo causal entre el servicio público y el daño producido.

Aceptando que la reclamación debe estimarse, la propuesta de resolución debe completar este segundo argumento con la doctrina expuesta al inicio de esta consideración.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Admitida la efectividad de la lesión y su conexión causal con el servicio público docente de la Administración regional, procede, como señala el artículo 12.2 RRP, analizar la valoración del daño producido y la cuantía de la indemnización. Cada uno de los conceptos en los que el reclamante desglosa la indemnización solicitada han quedado justificados, por lo que es compartible el criterio de la propuesta de resolución y de la Intervención General de que se reconozca el derecho a ser indemnizado en la cuantía reclamada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al ser imputables al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional los daños sufridos por el interesado, si bien por los argumentos expuestos en este Dictamen, que deben ser incorporados a la propuesta de resolución.

SEGUNDA.- La indemnización a percibir por el interesado es la reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 15/07.- Proyecto de Orden por el que se regula el procedimiento para el pago y la presentación telemática de declaraciones tributarias ante empleado público.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 29/01/07

Extracto de Doctrina

Se justifica el proyecto de Orden en la potestad reglamentaria de los Consejeros reconocida en el artículo 6 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública regional, en el artículo 92 y concordantes de la Ley General Tributaria y, en particular, en la Ley 8/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Administrativas, tributarias, de tasas y de función pública, cuyo artículo 8, denominado Gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, atribuye potestad reglamentaria a la Consejería de Economía y Hacienda

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Entre los meses de octubre y noviembre de 2006, la Dirección General de Tributos elevó a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda el expediente por ella elaborado del proyecto de Orden de regulación del procedimiento para el pago y la presentación telemática de declaraciones tributarias ante empleado público. El expediente se compone de memoria, estudio económico del coste de la gestión del trámite (que se cifra en 16.149 euros, teniendo en cuenta los costes directos de personal y material, y las amortizaciones) e informe de la Dirección General de Tributos.

Emitió informe el Servicio Jurídico de la Secretaría General (8 de noviembre de 2006), tras lo cual informó también la Jefa del Servicio Jurídico Tributario (13 de noviembre de 2006), dando lugar a un nuevo borrador del proyecto de Orden, que es el sometido a Dictamen.

SEGUNDO.- Consta, finalmente, el Proyecto definitivo debidamente autorizado, así como el índice de documentos y el extracto de secretaría, formulándose la consulta mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el día 23 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Proyecto de Orden sometido a consulta es habilitado directamente por el artículo 8 de la Ley 8/2004, y es un reglamento de desarrollo de ley en cuanto que establece requisitos que completan la regulación legal y permiten su aplicación, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

SEGUNDA.- Procedimiento, contenido, cobertura legal y ajustes necesarios.

I. El expediente instruido consta de los documentos esenciales, según requiere el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno.

II. El Proyecto se compone de una Exposición de Motivos, 3 artículos, dos disposiciones adicionales y una disposición final. Los 3 artículos van referidos al objeto de la Orden, al procedimiento y a la responsabilidad del empleado público; la Disposición Adicional primera modifica el artículo 6.1 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 9 de mayo de 2003, por la que se regula el procedimiento general para el pago y la presentación telemática de declaraciones; la segunda trata sobre la aplicación “inicial” del procedimiento a los “modelos” correspondientes al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; la Disposición final trata sobre la entrada en vigor, que se prevé a los 20 días de su publicación.

III. En la memoria se justifica el proyecto de Orden en la potestad reglamentaria de los Consejeros reconocida en el artículo 6 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública regional, en el artículo 92 y concordantes de la Ley General Tributaria y, en particular, en la Ley 8/2004, de 28 de diciembre, de Medidas administrativas, tributarias, de tasas y de función pública, cuyo artículo 8, denominado Gestión tributaria telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, atribuye potestad reglamentaria a la Consejería de Economía y Hacienda en los siguientes términos:

“1. La Consejería de Hacienda podrá fijar los supuestos, condiciones y requisitos técnicos y/o personales en los que se podrá efectuar la elaboración, pago y presentación de las declaraciones tributarias por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados mediante el uso exclusivo e integral de sistemas telemáticos e informáticos.

2. Dicho sistema sólo será aplicable a los hechos imponible sujetos al impuesto y contenidos en documentos públicos notariales.

3. En los supuestos anteriores, la elaboración de la declaración tributaria, el pago de la deuda tributaria, en su caso, y la presentación en la oficina gestora competente de la Dirección General de Tributos, deberá llevarse a cabo íntegramente por medios telemáticos, sin que constituya un requisito formal esencial la presentación y custodia de copia en soporte papel, de los documentos que contienen el acto o actos sujetos ante dicha oficina gestora.

4. En relación con las obligaciones formales de presentación de los documentos comprensivos de los hechos imponible, impuestas a los sujetos pasivos en el artículo 51 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, éstas se entenderán plenamente cumplidas mediante el uso del sistema que se autoriza en el presente artículo.

5. De igual modo y en relación con las garantías y cierre registral, establecidos en el artículo 54 del mencionado Texto Refundido del Impuesto y en el artículo 122 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo (RCL 1995, 1816), el uso por los contribuyentes del sistema de gestión tributaria telemática integral a que se refiere el presente artículo y en los términos y condiciones que la Consejería de Ha-

cienda fije reglamentariamente, surtirá idénticos efectos acreditativos del pago, exención o sujeción que los reseñados en tales disposiciones. La Consejería de Hacienda habilitará un sistema de confirmación permanente e inmediata de la veracidad de la declaración tributaria telemática a fin de que las Oficinas, Registros públicos, Juzgados o Tribunales puedan, en su caso, verificarla.”

En desarrollo de tal precepto, continúa diciendo la expresada Memoria, fueron aprobadas la Orden de 9 de mayo de 2003, por la que se regula el “Procedimiento General para el Pago y la Presentación Telemática de las Declaraciones”, la de 16 de marzo de 2006, sobre “gestión telemática integral en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, y la de 19 de octubre de 2006, por la que se aprueba el “Modelo F01. Fichas Notariales. Declaración informativa a efectos tributarios, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por vía telemática”.

En el Proyecto, párrafo final de la Exposición de Motivos, se fundamenta la modificación en el artículo 6, apartado dos, de la Ley 15/2002, de 23 diciembre, de Medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales, según el cual la Consejera de Economía y Hacienda podrá establecer la presentación de las declaraciones por medios telemáticos en aquellos tributos o modalidades de los mismos que resulten susceptibles de tal forma de presentación.

La abierta contradicción entre el sentido de una y otra habilitación debe llevar al Proyecto a decantarse, ya que el sentido y finalidad son diferentes.

IV. La fundamentación citada en la Memoria sería suficiente a los efectos de la aprobación de una Orden como la sometida a Dictamen, ya que el artículo 8 de la citada Ley 8/2004 es una habilitación a favor de la titular de la Consejería, que puede así ejercer legítimamente esta potestad reglamentaria específica, que se une a la que de manera más indeterminada le concede el artículo 9, g) de la Ley de Hacienda, texto refundido aprobado por Decreto-Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre. No obstante, para ajustarse a ello, el Proyecto precisa algunas acomodaciones:

a) La habilitación del artículo 8 de la Ley 8/2004 es sólo para el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, objeto que debe recogerse en la denominación de la norma y en el artículo 1, y en congruencia debe eliminarse la Disposición Adicional segunda, que no se encuadra en el sentido de la habilitación legal; también en congruencia, debe rectificarse la cita que se hace en el párrafo final de la Exposición de Motivos y recogerse la correcta.

b) Con las anteriores adaptaciones, imprescindibles para entender el Proyecto en el ámbito de la habilitación citada, debería reconvertirse el mismo en una Orden de modificación de la de esa Consejería de 16 de marzo de 2006, relativa a los supuestos, condiciones y requisitos para la gestión telemática integral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

c) Debería suprimirse la Disposición Adicional primera, que queda fuera de la habilitación de la Ley 8/2004.

d) Debería adaptarse la Exposición de Motivos, párrafo segundo, que contiene referencias erróneas.

e) Debería completarse la remisión a otra Orden que se realiza en el artículo 2.1, párrafo segundo, del Proyecto; referencia que está en blanco en el texto autorizado.

f) La voz procedimiento empleada en el título del Proyecto y en el del artículo 2 resulta excesiva, ya que lo regulado es la sola presentación y, en su caso, pago, que constituye en realidad el acto de iniciación del procedimiento. Gana el texto en precisión y rigor si se emplea el término “trámite”.

V. La incongruencia entre Memoria y Proyecto pudiera resolverse primando el sentido de este último. Dice el artículo 6 (Normas de gestión), apartado Dos (Lugar de presentación de las declaraciones), de la Ley 15/2002, de 23 diciembre, deberán presentarse en las oficinas de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda, pero que la titular de ésta podrá establecer la presentación de las declaraciones por medios telemáticos en aquellos tributos o modalidades de los mismos que resulten susceptibles de tal forma de presentación, habilitación que concuerda con el objeto del Proyecto de Orden, definido en su artículo 1 como “regular el procedimiento para el pago y presentación telemática de declaraciones tributarias ante empleado público...”. En tal caso, el Proyecto precisa, también, algunas acomodaciones:

a) Constituiría entonces una adición a lo regulado con carácter general por la Orden de esa Consejería de 9 de mayo de 2003, relativa al procedimiento general para el pago y presentación telemática de declaraciones, en cuyo articulado debería insertarse; en consecuencia, la Disposición Adicional primera se integraría en el articulado del Proyecto, como una modificación más de la Orden de 2003.

b) Reformular la Exposición de Motivos corrigiendo las referencias erróneas que contiene: la Orden de 9 de mayo de 2003 no constituye un desarrollo de la Ley 8/2004.

c) Debería completarse la remisión a otra Orden que se realiza en el artículo 2.1, párrafo segundo del Proyecto; referencia que está en blanco en el texto autorizado.

d) La voz procedimiento empleada en el título del Proyecto y en el del artículo 2 resulta excesiva, ya que lo regulado es la sola presentación y, en su caso, pago, que constituye en realidad el acto de iniciación del procedimiento. Gana el texto en precisión y rigor si se emplea el término “trámite”.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que, consideradas las anteriores y esenciales observaciones expuestas, puede elevarse a la Consejera de Economía y Hacienda la propuesta de Orden sometida a Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 16/07.- Responsabilidad patrimonial instada por el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas, como consecuencia de los daños causados en la depuradora municipal durante la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste.

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

Fecha: 29/01/07

Extracto de Doctrina

El procedimiento adolece del defecto de no haberse emplazado como interesada a la indicada empresa, a la que se ha considerado como un simple informante, pues ni se le notificó en su momento la incoación del procedimiento ni se le ha otorgado trámite de audiencia final, junto al ofrecido al reclamante. En este sentido, el artículo 1.3 “in fine” RRP establece que “en todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”. Esta falta de emplazamiento a la contratista en calidad de interesada no queda subsanada con la solicitud de informe a la misma, porque como indicó para un caso análogo la STSJ de Galicia de 20-1-05, ello “resulta claramente insuficiente”, pues el informe pedido “lo fue a los efectos del artículo 83 de la Ley 30/1992, es decir, en concepto de tercero informante, no como presunta responsable”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 21-11-00, el Alcalde del Ayuntamiento de Bullas dirigió al Director General de Carreteras de la Consejería consultante un escrito por el que se le remitía “para su conocimiento a los efectos oportunos”, un denominado “informe valoración de los daños causados por las lluvias del mes de octubre de 2000 en la depuradora municipal de Bullas, como consecuencia de la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste”, emitido el 14 de noviembre anterior por el Ingeniero de Caminos de dicho Ayuntamiento.

Dicho informe expresaba lo siguiente:

“Realizada visita de inspección junto a la estación de impulsión de aguas residuales de la depuradora municipal de la población de Bullas, ubicada junto a la carretera C-415, en el paraje denominado de los Muletos, se ha podido comprobar lo siguiente:

- 1) La empresa constructora que está realizando las obras de construcción de la autovía, ha realizado un cruzamiento de la actual carretera C-415 (coincidente en este punto con el trazado de la autovía del noroeste) a base de una tubería de hormigón con el fin de ubicar en su interior una tubería de la red de riego de Bullas.*

Dicha tubería de hormigón conecta ambos márgenes de la carretera, teniendo su salida junto a la actual estación de bombeo de aguas residuales.

- 2) Como consecuencia de las lluvias torrenciales sufridas en la Región de Murcia durante el mes de octubre del presente año, las aguas acumuladas en la margen izquierda de la autovía (en dirección a Caravaca) fueron conducidas a través de*

la tubería de hormigón hacia la estación de bombeo, provocando los daños que se indican en el punto siguiente.

- 3) Los daños han consistido en: la rotura de la lámina impermeabilizante de poliéster revestido de PVC que cubría la estación de bombeo (tal y como puede observarse en la fotografía adjunta); el llenado del pozo de bombas con materiales arrastrados por el agua; el aterramiento general de toda la zona donde se ubica la estación de bombeo; y la rotura por arrastre de un tramo de 30'00 m.l. de la tubería de saneamiento de llegada a la depuradora. En la actualidad y como consecuencia de la rotura de la tubería de llegada de agua a la depuradora, las aguas residuales no llegan a la estación de bombeo y son derivadas hacia el barranco de los Muletos con el problema ambiental que esto supone.

- 4) La valoración de los daños es la siguiente:
- | | |
|--|--------------|
| 255,68 m ² de suministro y colocación de lámina de poliéster revestido de PVC a 3.150.- Ptas./m ² | 805.392,- |
| 1 ud. de limpieza y acondicionamiento de la estación de bombeo..... | 125.000,- |
| 30, m.l. de tubería de hormigón de 80 cms. de diámetro, colocado, incluso parte proporcional de pozos de registro a 7.500,- Ptas./m.l..... | 225.000,- |
| SUMA | 1.155.392,- |
| IVA 16% | 184.863,- |
| TOTAL | 1.340.255,-" |

A tal informe se adjuntaban diversas fotografías de las instalaciones y la zona en cuestión, y un presupuesto de una empresa, relativo al concepto de sustitución de la lámina de poliéster a que se refería el informe.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 15-12-00, la instructora de lo que allí califica como expediente de responsabilidad patrimonial por “reclamación indemnizatoria formulada por el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas”, se requiere a este para que presente copia compulsada de los documentos acreditativos de la evaluación económica de los daños y una declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia de los hechos en cuestión.

TERCERO.- En la misma fecha, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los siguientes extremos:

- 1- “Empresa adjudicataria de las obras.
- 2- Realidad y certeza de los hechos relatados por el Ingeniero de Caminos del Ilmo. Ayuntamiento de Bullas.
- 3- Descripción detallada, en su caso, de los daños producidos.
- 4- Descripción detallada de la valoración económica de los daños, en su caso.
- 5- Presunta relación de causalidad entre los daños y la ejecución de las obras de la Autovía del Noroeste”.

Por haber considerado a dicho informe como determinante del contenido de la resolución final, la instructora había comunicado al reclamante que, con la petición del mismo, se

suspendería el plazo máximo establecido legalmente para resolver y notificar, invocando a tal efecto el artículo 42.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, **de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC)**.

CUARTO.- Mediante oficio presentado el 18-1-01, el Alcalde de Bullas adjunta la declaración jurada requerida (en la que se hace referencia a la “*reclamación de responsabilidad patrimonial sustanciada ante la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio*”) y un informe de 8-1-01 del Arquitecto Técnico Municipal, en el que reitera la valoración de los daños efectuada en su día, si bien corrigiendo a la baja la partida relativa a la lamina de poliéster (de 805.392 a 800.000 ptas.), por ser esta última la cantidad que figura en el presupuesto elaborado en su momento. Por ello, el Alcalde manifiesta en el indicado oficio que la cantidad reclamada asciende a 1.334.000 ptas.

QUINTO.- Mediante comunicación interior de 22-12-00, el Director General de Carreteras remite al Subdirector General de Proyectos de ese centro directivo la documentación recibida de la instructora, a fin de que se emitiera el informe técnico interesado.

SEXTO.- Mediante escritos de 2-10-01, 9-1-03, 29-10-04 y 18-1-05, la instructora reitera la petición de informe a la citada Dirección General, advirtiendo en alguno de tales escritos de la necesidad de tal informe y de la responsabilidad prevista en el artículo 83.3 LPAC, relativo a los causantes de la demora en resolver y notificar la resolución de los procedimientos administrativos.

SÉPTIMO.- Mediante comunicación interior de 9-2-05, el Director General de Carreteras remite a la instructora un informe del día 2 anterior emitido por “A. N. C. C., S.A.” (A.), que expresa lo siguiente:

“ASUNTO: INFORME TÉCNICO SOBRE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL RP 39-00 FORMULADO POR EL AYTO. DE BULLAS, REFERENTE A LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN LAS INSTALACIONES DE LA DEPURADORA MUNICIPAL DEBIDO A LAS LLUVIAS TORRENCIALES ACAECIDAS EN OCTUBRE DE 2000.

En contestación al escrito remitido a esta empresa concesionaria sobre el asunto de referencia, se emite el siguiente informe:

1.º La empresa adjudicataria de las obras fue “A. N. C. C., S.A.”, si bien las obras fueron ejecutadas por la empresa A. U.T.E. constituida al 50% por las empresas S. y O.

2.º Durante los días 21 al 26 de octubre de 2000, una borrasca en capas medias y altas de la atmósfera dio origen a un episodio de lluvias torrenciales y situaciones hidrológicas extremas en gran parte del litoral mediterráneo y regiones limítrofes, causando víctimas mortales y daños y pérdidas de diversa naturaleza. Concretamente en la zona donde se ubica la depuradora, se registraron durante el día 22 de octubre valores de precipitación de 137 l/m², según se refleja en los informes oficiales del Instituto Nacional de Meteorología que se adjuntan.

En las mencionadas fechas, las obras de la autovía del Noroeste se encontraban en avanzado estado de ejecución. En la zona donde se ubica la depuradora municipal de Bullas, aproximadamente en el P.k. 44,9, se dispusieron tubos de hormigón cruzando el terraplén en ejecución de la autovía, dentro de los cuales se alojarían las tuberías de servicio de la citada depuradora, constituyendo la práctica habitual en la reposición de este tipo de servicios.

Las lluvias torrenciales que se produjeron ocasionaron caudales de escorrentía extraordinarios en varios puntos de la obra, incluida la zona origen de la reclamación, lo que produjo que la conducción, cuya misión era la de protección de las tuberías de la depuradora, actuase como desagüe de la margen izquierda del terraplén, ocasionando los daños reclamados. No obstante, al encontrarse la depuradora en la margen de un cauce, esto es, en un punto bajo, es muy probable que recibiera caudales incontrolados procedentes de otros puntos más elevados, lo que habría ocasionado igualmente daños en la misma con independencia de la existencia o no del tubo de cuestión.

3.º En fechas posteriores, esta empresa Concesionaria inició un expediente de reclamación por daños catastróficos al Consorcio General de Seguros a través de la compañía aseguradora de la póliza contratada para este fin (M.), en el cual se incluían, además de los sufridos en la propia construcción de la autovía, los que se derivaran de la misma a terceros según el criterio del perito de dicha compañía.

Hasta la remisión del expediente de referencia con fecha 19 de enero de 2005, esta Concesionaria no ha recibido notificación alguna sobre el asunto, tanto por parte del propio Ayuntamiento de Bullas como por la Dirección General de Carreteras. De haberse efectuado dicha comunicación en las fechas inmediatamente posteriores al siniestro, se hubiera posibilitado la inclusión de los daños reclamados en el citado expediente de reclamación.

4.º No debe atribuirse responsabilidad alguna en la producción de los daños que se reclaman al estado de ejecución de las obras de la autovía del Noroeste pues, como se ha explicado anteriormente, la circunstancia excepcional de una lluvia anormalmente intensa que provocó destrozos en una amplia zona geográfica, fue la causante de dichos daños independientemente del estado de las obras.”

OCTAVO.- Mediante escrito de 10-3-06 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al Ayuntamiento de Bullas, sin que conste su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

NOVENO.- El 7-9-06 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por entender, conforme al informe de A. antes reseñado, que la causa exclusiva de los daños reclamados no fueron las obras de construcción de la Autovía del Noroeste, sino la lluvia anormalmente intensa que cayó en la zona en la fecha en cuestión, que provocó destrozos en una amplia zona geográfica, considerando que la misma habría ocasionado daños a la depuradora con independencia de la existencia del tubo de hormigón, indicando, que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que exista responsabilidad patrimonial administrativa es necesario que los daños sean imputados en exclusiva a la actuación u omisión administrativa, lo que no es el caso.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 14-9-06, el Secretario General de la Consejería, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial tramitado

por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación se ha interpuesto por persona legitimada, al versar sobre daños a una instalación depuradora de aguas cuya titularidad municipal no se ha discutido en el expediente. Además, aun cuando el escrito inicial del Ayuntamiento no contenía pretensión resarcitoria alguna (vid. Antecedente Primero), su siguiente escrito de 18-1-01 sí contiene una inequívoca manifestación de tal pretensión, al referirse a la “*reclamación de responsabilidad patrimonial*” presentada en su día. Considerando que en esta última fecha aún no había transcurrido el plazo de un año que a estos efectos establece el artículo 142.5 LPAC, la reclamación ha de considerarse presentada en plazo.

II. En lo que se refiere al procedimiento, se advierte la omisión de dos trámites sustanciales, lo que obliga a retrotraer las actuaciones para proceder a su práctica.

1. En primer lugar, destaca poderosamente que, a pesar de ser requerido por cinco veces, no se haya emitido informe por el servicio de la Dirección General de Carreteras competente sobre la autovía en cuestión (y, previamente, sobre la inspección y seguimiento de sus obras de construcción). Informe que no sólo es preceptivo (en cuyo caso bastaría con el cumplimiento del trámite de su solicitud) sino, además, determinante para la resolución del procedimiento. La misma instructora atribuyó tal carácter al indicado informe al asignar a la solicitud del mismo el efecto interruptivo del plazo máximo de resolución a que se refiere el artículo 42.5, c) LPAC (“*cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración*”). Informe que, como se sabe, viene exigido por el artículo 10.1 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, aprobatorio del Reglamento de los procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En este sentido, hay que señalar que el carácter “*determinante*” del informe se justifica por la índole técnica de la cuestión, consistente en dilucidar si la existencia del tubo de hormigón al que se refiere la reclamación, previsto para la protección de las tuberías que conectan con la depuradora a su paso por la autovía, al estar al descubierto por no haber concluido allí las obras, pudo ocasionar los daños que se reclaman, por haber actuado como canalización y desagüe de las aguas provenientes de las intensas lluvias caídas en aquellas fechas en la zona, o, en su caso, si al menos contribuyó a agravar los daños que hubieran causado dichas lluvias. Asimismo, el informe debería analizar la idoneidad de la ubicación de la depuradora antes de la construcción de la autovía, en la medida en que tal ubicación pudiera haber influido en la producción y/o agravación de los daños.

Por otra parte, resulta incuestionable que el parecer técnico que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria de la explotación de la autovía, tanto porque no es el “*órgano*” administrativo al que se refiere el citado precepto del RRP, como porque tal empresa fue, a su vez, la adjudicataria de las obras de construcción de la autovía, según manifiesta en su escrito de 9-2-05 (Antecedente Séptimo), es decir, porque se trata de una entidad que debe ser considerada interesada en el procedimiento, en cuanto es posible que la responsabilidad reclamada, de existir, pudiera serle exigida en vía de regreso, en el supuesto de que no hubiera de ser soportada por la Administración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Por otra parte, el carácter determinante del informe en cuestión implica, por su naturaleza, que el procedimiento no pueda resolverse válidamente sin obtener aquél. Ello no significa que sea vinculante, pues las consideraciones técnicas que contenga podrían ser contradichas por las alegaciones de otras partes por medio de la oportuna prueba, pero sí que es un acto de instrucción indispensable previo a la resolución final. En este sentido, que el artículo 42.5, c) LPAC citado establezca que la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento no podrá exceder de tres meses cuando tal suspensión venga motivada por la petición de esta clase de informes, no autoriza a resolver aquél prescindiendo de dicho informe, sino sólo que se produce el efecto de reanudar el plazo de resolución, a efectos de que el interesado que lo haya promovido pueda, en su momento, considerar transcurrido dicho plazo máximo y acudir a la vía judicial, si tal falta de resolución expresa tuviera un sentido desestimatorio de su instancia.

Procede, pues, reiterar la solicitud de informe y, en último caso, incoar el oportuno expediente disciplinario para depurar las responsabilidades de esta índole en que hayan podido incurrir los obligados a cumplir con tan esencial función instructora.

2. Asimismo, el procedimiento adolece del defecto de no haberse emplazado como interesada a la indicada empresa, a la que se ha considerado como un simple informante, pues ni se le notificó en su momento la incoación del procedimiento ni se le ha otorgado trámite de audiencia final, junto al ofrecido al reclamante. En este sentido, el artículo 1.3 “*in fine*” RRP establece que “*en todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios*”. Esta falta de emplazamiento a la contratista en calidad de interesada no queda subsanada con la solicitud de informe a la misma, porque como indicó para un caso análogo la STSJ de Galicia de 20-1-05, ello “*resulta claramente insuficiente*”, pues el informe pedido “*lo fue a los efectos del artículo 83 de la Ley 30/1992, es decir, en concepto de tercero informante, no como presunta responsable*”.

Considerando que, según lo expresado en el apartado anterior, es necesario obtener el informe del órgano administrativo competente sobre las obras en cuestión, es claro que, una vez se haya emitido, deberá otorgarse a los interesados (reclamante y empresa adjudicataria de las obras) un nuevo trámite de audiencia, previo a la formulación de una nueva propuesta de resolución.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede retrotraer las actuaciones para que se solicite nuevamente y se emita el informe del servicio competente a que se refiere el artículo 10.1 RRP, tras lo cual deberá otorgarse un nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y empresa adjudicataria de las obras de referencia), previamente a la formulación de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida, junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto, por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 17/07.- Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente: "Modificado del nuevo trazado de la carretera C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños".

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

Fecha: 01/02/07

Extracto de Doctrina

1. *La tramitación del procedimiento de contratación de una obra pública de envergadura, como es la de carreteras, implica la necesidad de extremar el celo en la elaboración de los proyectos y preparación de los contratos, cuestión en la que siempre ha insistido la doctrina (DCE 5484/1997, de 13 de noviembre de dicho año), recalcando también la necesidad de justificar las causas alegadas para la modificación (mismo DCE).*

2. *Desde un punto de vista material o sustantivo la modificación de los contratos ha de responder a la existencia de un interés público debidamente justificado y motivado, ya que la prerrogativa o derecho de modificación no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio y, en todo caso, ese "ius variandi" requiere una singular motivación de hechos que, en caso de no existir, impide la alteración del contrato (STS, Sala tercera, de 11 de abril de 1984). El interés público es el elemento esencial de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, ya que permite justificar la libertad de pactos del artículo 4, según el cual la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, y calificar los contratos como administrativos, al decir el artículo 5.2, b) que son tales los que satisfacen una finalidad pública. Este armazón tiene corolario lógico en el artículo 59.1 al establecer que la Administración ostenta la prerrogativa de modificar el contrato por razones de interés público, potestad que se concreta más adelante al expresar el artículo 111.1 que "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente". En estos casos en que la ley reclama una causa concreta de interés público la Administración tiene la carga de probar y motivar en cada supuesto la concurrencia de esa específica causa legitimadora, sin que sea suficiente una invocación genérica.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según el expediente remitido, completado después del Acuerdo de este Consejo Jurídico 19/2006, de 28 de diciembre de dicho año, son antecedentes del procedimiento de contratación los siguientes:

1º) Previamente aprobado el proyecto el 28 de septiembre de 2004, el 28 de junio de 2005 la Consejería consultante formalizó con la UTE D. A., S.A., y V. C., S. A, un contrato relativo a las obras de "NUEVO TRAZADO DE LA CTRA. C-3223 A SU PASO POR FORTUNA Y LOS BAÑOS"; se enumeran las mejoras propuestas en su oferta por la UTE adjudicataria.

2º) El 27 de julio de 2005 se levantó el Acta de Comprobación del Replanteo, manifestando que "deberá redactarse un Proyecto Modificado que recoja los aspectos técnicos

ofertados en el Concurso y que forman parte del correspondiente contrato". Asimismo, se hace constar que *"se están estudiando diversas propuestas realizadas por el Ayuntamiento de Fortuna y que afectarían a la tipología del cruce de camino de la Depuradora y a la posibilidad de entronque con la intersección de la carretera 5A"*. No obstante, se autorizó al contratista para que iniciara los trabajos.

3º) El día 28 de diciembre de 2005, por la Dirección General de Carreteras se formula Propuesta para aplazar *"la presentación de las justificaciones técnicas que deberá contener la citada addenda y se incorporen al proyecto modificado que se redactará próximamente,..."*. La Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de fecha 30 de diciembre de 2005 dispuso el aplazamiento de la presentación de dicha addenda.

4º) Mediante comunicación interior de fecha 30 de mayo de 2006, y dirigida al Subdirector General de Carreteras, el Ingeniero Director de las Obras manifiesta que *"... se está tramitando el correspondiente Proyecto Modificado, y con el fin de no interferir en el correspondiente Programa de Trabajos y el correspondiente Plazo de Ejecución, le ruego tramite ante el órgano correspondiente, la solicitud para elaborar y firmar el preceptivo Acta de Suspensión Temporal, que afectaría únicamente a las obras que contempla el presente Proyecto Modificado, en concreto, al tramo final del entronque con la ctra. C-3223 en la zona del polígono industrial de Fortuna"*. A la vista de tal comunicación, con fecha 1 de junio 2006 la Dirección General de Carreteras formula propuesta para *"que se proceda a la Suspensión Temporal Parcial de las obras, en el tramo afectado por las modificaciones, hasta que se obtenga su aprobación"*. Con fecha 8 de junio de 2006 se dicta Orden de la Consejería por la que se dispone la suspensión temporal parcial de las obras (pero no hay acta de suspensión).

5º) El día 17 de noviembre de 2006, la Oficina Supervisora de Proyectos emitió informe relativo al proyecto modificado en el que enumera las características generales del mismo:

A) Respecto al trazado en planta: a) modificación del punto de conexión de la variante fijándose el nuevo punto 400 metros al sur del punto inicial de conexión, en una rotonda de 50 metros de diámetro exterior, introducida por el proyecto modificado; b) supresión del paso superior en el pk 0+379 y modificación de los enlaces números 1, 2 y 3.

B) Respecto al trazado en alzado: se modifica por completo el perfil longitudinal del tronco de la carretera.

C) Respecto a las estructuras: a) modificación longitudinal de los viaductos sobre las ramblas del Cantalar y de Ajauque; b) modificación de la tipología de las estructuras en los enlaces números 1, 2 y 3, y la tipología de las cimentaciones.

D) Respecto a las reposiciones de servicio, se han producido grandes cambios con respecto al proyecto original, no descubriéndose nuevos servicios a reponer, pero teniendo que realizar modificaciones impuestas por las empresas suministradoras y explotadoras (T., I., M. C. T., C. R.); globalmente este capítulo aumenta un 232,73 por ciento.

Concluye su informe indicando que el proyecto supone un adicional líquido de 1.647.607,34 euros, y que las mejoras técnicas ofertadas por el adjudicatario *"... han quedado recogidas en el proyecto modificado. No obstante, se han detectado variaciones con respecto a la oferta de licitación..."*. También indica que *"...la falta de concreción en algunas mejoras de la oferta, tienen difícil verificación cualitativa y cuantitativa."*

6º) El 21 de noviembre de 2006 la Dirección General de Carreteras dictó resolución por la que se aprobó técnicamente el citado proyecto, y formula propuesta para que se levante la suspensión temporal parcial; se amplíe el plazo de ejecución inicialmente previsto, hasta el 31/12/2006; se emita informe sobre consignación presupuestaria; se ejecute el mismo por el contratista adjudicatario de la principal; y que se incorpore al expediente el Acta de Replanteo Previo y el Certificado de Disponibilidad de los Terrenos. Estos dos últimos documentos son expedidos e incorporados al expediente el 22 de noviembre de dicho año.

7º) El 22 de noviembre de 2006 el Consejo de Obras Públicas, Vivienda y Transportes aprobó el proyecto de las obras de “Modificado del Nuevo Trazado de la Ctra. C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños”, con un presupuesto modificado de adjudicación de 12.714.611,04 euros, produciéndose por tanto un adicional de 1.647.607,34 euros, IVA incluido, que representa un 14,89 % de aumento sobre el presupuesto de adjudicación. La citada orden también especifica la clasificación exigible para la realización de las citadas obras.

8º) El Informe previsto en el artículo 73.2 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, RCAP) se emitió el 24 de noviembre de 2006.

9º) Por Orden de 29 de noviembre de 2006 se acuerda el inicio del expediente de contratación del proyecto modificado, siendo emitido informe por el Servicio Jurídico el 11 de diciembre de 2006, en el que pone de manifiesto que “... cuando de emitir un informe jurídico se trata sobre la potestad de modificación, y por tanto sobre los límites del artículo 101 transcrito, debe hacerse antes de la redacción del Proyecto, ...”. Añade que, con independencia de lo anterior y entrando en el análisis del Proyecto, se han introducido grandes cambios en los servicios a reponer, como consecuencia de exigencias de compañías explotadoras; expone también que algunas mejoras puntuadas en la oferta del concurso ahora desaparecen sustituidas por otras soluciones técnicas; llama la atención sobre el hecho de que sea necesario cambiar los vanos de algunas estructuras importantes, “para adaptarse a la realidad del terreno” y que ello suponga en uno de ellos, la Rambla del Cantalar, pasar de un vano de 137,10 metros a otro de 80 metros, lo que supone un 40 por ciento de disminución, extrañándose de que esta circunstancia pasara desapercibida a los redactores del proyecto o en la comprobación del replanteo y, pese a ello, se genere un adicional líquido. Destaca también que se ha modificado por completo el perfil longitudinal del tronco de la carretera, y que el punto de conexión de la variante se sitúa ahora a 400 metros del punto inicialmente previsto.

10º) Se redacta Propuesta de Acuerdo de Consejo de Gobierno para que autorice la celebración del contrato y el gasto del “Proyecto Modificado del Nuevo Trazado de la Ctra. C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños”, con un presupuesto modificado de adjudicación de 12.712.611,04 euros, que implica un adicional líquido de 1.647.607,34 euros, IVA incluido, que representa un 14,89 % de aumento sobre el presupuesto de adjudicación.

11º) Remitido el expediente a la Intervención General el 12 de diciembre de 2006, emite ésta su informe de fiscalización el 18 de diciembre siguiente, formulando los siguientes reparos:

A) Incumplimiento del artículo 146.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, (BOE 21 junio 2000, núm. 148, TRLCAP), no constando la propuesta del Director

Facultativo recabando autorización para la redacción del proyecto, ni documento en el que se enumeren las razones que hacen necesario el mismo, salvo lo indicado en la comprobación del replanteo, y que entre la documentación remitida no se ha podido constatar la existencia de la obligación del adjudicatario de elaborar una Addenda.

B) Al analizar las razones que justifican el modificado manifiesta que “... *se echa en falta una más completa acreditación de las razones de interés público que lo motivan ...*”, añadiendo que “... *los motivos aducidos no parecen deberse a necesidades nuevas ni a causas imprevistas, sino más bien, en unos casos a errores en el proyecto inicial ... y en otros a mejoras respecto al mismo, como la prolongación de la variante o los cambios efectuados en los enlaces números 1, 2 y 3*”. Concluye que “... *todas las necesidades pudieron ser previstas o bien constituyen errores del proyecto inicial...*”, incluido el caso de los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de “Las Lámparillas”, cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizará a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5.

C) En relación al plazo de ejecución de las obras del proyecto modificado, destaca la contradicción existente entre varios documentos del expediente, considerando que fijar como fecha de finalización de las obras el día 31 de diciembre de 2006, es “... *incompatible con la envergadura de la modificación que se propone (...) y teniendo en cuenta el estado de tramitación del expediente (...) hace presumir que, en caso de dictarse el acto de autorización, se incurría en causa de nulidad porque el acto fuera de contenido imposible*”.

D) Respecto a la inclusión de las mejoras ofertadas por el adjudicatario en el proyecto modificado, se indica que carece de sentido que “... *su admisión obligue a la tramitación de una modificación contractual que en ningún caso cumple con los requisitos del artículo 101 del TRLCAP, lo que podría generar un supuesto subsumible en las previsiones del artículo 6.4 del Código Civil*”. Añade que estas mejoras deberían ser propuestas por los licitadores mediante la presentación de variantes. Y manifiesta que “*analizadas las mejoras ofrecidas por la adjudicataria del contrato y su reflejo en el proyecto modificado, se observa que algunas han sufrido variaciones (...) hecho este último relevante sobre todo si se tiene en cuenta que estas mejoras fueron valoradas para la determinación del adjudicatario, prevaleciendo su oferta sobre las de otras empresas, algunas de ellas con una proporción económica inferior*”.

Por todo lo anterior no fiscaliza de conformidad la propuesta remitida.

SEGUNDO.- En el procedimiento para la resolución de la discrepancia constan las siguientes actuaciones (art. 17 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General, RCIM):

1º Informe del Subdirector General de carreteras (19 de diciembre de 2006). Indica que la causa fundamental del modificado es el cambio de trazado del tramo inicial, al ser considerada más adecuada para el interés público la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Fortuna, modificación que no pudo ser prevista al ser todas las actuaciones relativas a la redacción del proyecto anteriores a la Orden de aprobación de las Normas Subsidiarias de dicho Municipio. Asimismo, informa que dado el tiempo transcurrido entre la toma de datos para la redacción del proyecto y la ejecución material de las obras, no es de extrañar que se hayan producido cambios de criterio de las compañías titulares de los servicios objeto de reposición, para la solución final que éstas están dispuestas a autorizar; y que los cambios

de tipología de los enlaces han sido determinados en gran medida por las recomendaciones arqueológicas, ya que con estas soluciones se ocupan mucho menos zonas de ese interés. Entiende, de acuerdo con el informe de fiscalización, que las mejoras propuestas por el contratista y puntuadas para la adjudicación del contrato no son causa suficiente para la redacción de un proyecto modificado.

2º) Informe del director de las obras (19 de diciembre de 2006). Manifiesta que la solicitud de autorización del modificado se realizó el 23 de enero de 2006, pero que no llegó a tramitarse porque se entendió que la Orden de 30 de diciembre de 2005 autorizaba tácitamente la redacción del mismo. Considera el informante que las modificaciones propuestas son debidas a necesidades nuevas por no estar contenidas en el proyecto originario, y que están motivadas por razones de interés público porque se sirve mejor a éste con la autorización del modificado, que con la alternativa al mismo que incluiría la paralización de las obras, la rescisión del contrato con indemnización al contratista, y una nueva contratación. Y, en relación a las observaciones relativas al Programa de los Trabajos, manifiesta que, a la vista de las unidades que quedan por desarrollar, los trabajos podrían finalizarse a finales de febrero de 2007. Termina indicando que las mejoras que no aparecen son mínimas, y son relativas a unidades de obra que no se ejecutan o han sido sustituidas.

3º) Informe del jefe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante (22 de diciembre de 2006). Informa de que la razón fundamental de la Intervención General para no fiscalizar de conformidad -la existencia de imprevisiones en el proyecto- ha tenido un extenso tratamiento en la doctrina del Consejo de Estado y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y que el núcleo central de la argumentación de la Intervención gira sobre el hecho de que se trata de un error de proyecto por no tener en cuenta la aprobación de la Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Fortuna. Añade que en la caracterización de la "cláusula de interés público" ha jugado siempre un papel el importe de las modificaciones contractuales, ya que si ésta es muy cuantiosa se pone en riesgo el principio de concurrencia del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sirviéndose entonces al interés público mediante la extinción de la relación contractual. Pero, según se dice, el caso informado es el contrario, dado que el proyecto de modificado no alcanza al 15 % del importe del contrato originario, siendo, por tanto, inferior al porcentaje que determina la posibilidad de resolución del contrato, por lo cual, concluye, es "*... más que legítimo acudir a la idea del interés público, respaldada por una larga doctrina (Dictamen 47126, de 5 de diciembre de 1984, Dictamen 1629, de 23 de enero de 1992, Dictamen 424, de 2 de abril de 1992, todos ellos del Consejo de Estado) a favor del mantenimiento del vínculo contractual y de la aprobación de la modificación por las razones mencionadas*".

4º) Informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos (10 de enero de 2007). Tras una larga exposición de los antecedentes que obran en el expediente, de la normativa aplicable y de la doctrina de los órganos consultivos, informa favorablemente el levantamiento del reparo por el Consejo de Gobierno.

TERCERO.- A la vista de lo actuado, la Consejería consultante decide elevar al Consejo de Gobierno na propuesta para que acuerde autorizar la celebración del contrato modificado y el gasto que comporta, sometiéndose ello al Dictamen del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 26 de diciembre de 2006, completada mediante nueva comunicación de 10 de enero de 2007.

CUARTO.- Mediante Acuerdo 5/2007, de 22 de enero, el Consejo Jurídico solicitó a la Consejería consultante instrucción adicional declarada necesaria para dictaminar sobre el fondo del asunto, consistente en:

1º) Un plano que refleje el trazado inicial de la carretera aprobado en el proyecto contratado y el que se pretende contratar con el proyecto modificado, destacando claramente las diferencias entre uno y otro, y en el que figuren ubicadas con precisión, de una parte, la glorieta inicial citada en la página 4 de la memoria del proyecto modificado, y, de otra, la obra denominada “intersección en glorieta entre las carreteras C3223, A-5 y vial de acceso a urbanización Las Lamparillas y mejora del trazado en alzado”, sometida a información pública mediante anuncio en el BORM nº 294, de 23 de diciembre de 2005, pág. 28785.

2º) La documentación arqueológica que fundamenta el cambio de tipología de los enlaces.

3º) Un informe técnico que justifique la mejora que para el tráfico rodado suponga la modificación proyectada respecto a la inicial, en relación con el escrito dirigido por el Alcalde de Fortuna al Director General de Carreteras fechado el 21 de septiembre de 2005.

4º) El expediente por el que se produjo la adjudicación del contrato.

QUINTO.- Cumplimentada la instrucción adicional, tuvo entrada en el Consejo Jurídico el nuevo envío el día 29 de enero de 2007, resultando que se aporta un plano comparativo del trazado primitivo y el modificado en el que se aprecia que la intersección sur de la variante con la C-3223 y la A-5 la hace en una glorieta, sin que exista otra glorieta diferente que dé entrada a la urbanización Las Lamparillas; se acompaña el informe de arqueología que recomienda la reducción en la medida de lo posible de la zona de ocupación de los enlaces, así como un informe emitido por el Subdirector General de Carreteras (25 de enero de 2007) en el que considera que la modificación propuesta mejoraría notablemente las condiciones de circulación al evitar el tránsito por el polígono industrial de Fortuna de los 5.863 vehículos al día que, según se prevé, circularán por la variante, además de por otras razones que expone.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre la propuesta de resolución de un reparo formulado por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que debe ser decidido por el Consejo de Gobierno (artículo 12.13 LCJ).

SEGUNDA.- Tramitación del expediente y alcance del Dictamen.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales. Es un procedimiento de naturaleza incidental, regulado por el RCIM, que se suscita en el seno de otro principal, el de modificación del contrato inicial. Esto es importante para comprender el alcance del presente Dictamen que no ha de extenderse más que a las cuestiones controvertidas y que –en palabras de la propuesta que se desea elevar al Consejo de Gobierno– pretende que se puedan autorizar

por tal órgano tanto la celebración del contrato como el gasto que comporta. Si bien el sentido completo de la propuesta dictaminada se induce del contenido del expediente, es de destacar que la misma debiera referirse directamente y en primer lugar al levantamiento del reparo.

Dada la finalidad del procedimiento incidental en el que se inserta, el presente Dictamen no se refiere directamente a la modificación del contrato y su procedimiento, sino sólo a los aspectos de la misma recogidos por la Intervención General en su fiscalización y no aceptados por la Consejería consultante, reparo que se pretende levantar.

Con posterioridad al reparo formulado por la Intervención General la Consejería, a requerimiento del Consejo Jurídico (Acuerdo 5/2007), ha realizado una instrucción adicional, citada en el Antecedente Quinto, cuya consideración resulta determinante a efectos de este Dictamen.

TERCERA.- Sobre la discrepancia mantenida.

Reiterando que el alcance del presente Dictamen ha de extenderse, exclusivamente, a las cuestiones suscitadas en los reparos formulados por la Intervención General y no aceptados por el Consejero consultante (Dictamen 43/04), ha de destacarse inicialmente que el Interventor General expone reparos de carácter procedimental y sobre el plazo de ejecución del contrato cuya bondad ha sido aceptada por la Consejería consultante al argumentar, con relación al primero, que parecía entenderse que la Orden de 30 de diciembre de 2006 autorizaba tácitamente la redacción del proyecto modificado (informe del director de obras de 19 de diciembre de 2006) y, con relación al segundo, porque se ha reajustado el plazo de ejecución, que ahora terminaría, según se dice en ese mismo informe, a finales de febrero de 2007, aunque en el proyecto modificado se contempla un aumento de 4 meses para la ejecución de la obra, fijando un nuevo plazo total de 17 meses. Este último dato ha supuesto también variar el proyecto modificado respecto al sometido a supervisión, en el cual se preveía un aumento del plazo de ejecución de 3 meses. En conexión con el plazo debe indicarse que, dispuesta la suspensión temporal parcial de las obras por Orden de 8 de junio de 2006 de la Consejería consultante, no hay constancia en el expediente del acta de suspensión preceptiva, desconociéndose el estado actual de ejecución de las obras.

En este apartado de reparos aceptados por la Consejería consultante cabe incluir lo relativo a las mejoras propuestas por el contratista y puntuadas para la adjudicación del contrato, en cuanto que el Subdirector General de Carreteras, en el informe de 19 de diciembre de 2006, reconoce que no son causa suficiente para la redacción de un proyecto modificado. En relación a ello debe decirse que cuando se pretende de los licitadores en un concurso una contribución a la mejor definición del objeto del contrato, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha previsto el mecanismo de las variantes en las ofertas, según se establece en el artículo 87.

Las irregularidades expresadas y otras que se derivan de los antecedentes expuestos (especialmente las destacadas en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante de 11 de diciembre de 2006 y en el informe de supervisión) componen un expediente que está lejos de poderse calificar como ejemplar.

Pero lo más significativo a los efectos del Dictamen que ahora se emite son los reparos relativos, uno, a la insuficiente acreditación de las causas de interés público que fundamentan la modificación, con el cual sostiene su discrepancia la Consejería en los informes

evacuados en el seno del procedimiento dirigido a su resolución; y el otro, el referido a que *“todas las necesidades pudieron ser previstas o bien constituyen errores del proyecto inicial...”*, incluido el caso de los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de “Las Lamparillas”, cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizará a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5.

CUARTA.- Sobre la acreditación de las razones de interés público y de necesidades nuevas que motivan la modificación.

Dispone el artículo 101.1.del TRLCAP que *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*.

I. Dice la Intervención General que al analizar las razones que justifican el modificado *“... se echa en falta una más completa acreditación de las razones de interés público que lo motivan ...”*, añadiendo que *“... los motivos aducidos no parecen deberse a necesidades nuevas ni a causas imprevistas, sino más bien, en unos casos a errores en el proyecto inicial (...) y en otros a mejoras respecto al mismo, como la prolongación de la variante o los cambios efectuados en los enlaces números 1, 2 y 3”*. Concluye que *“(...) todas las necesidades pudieron ser previstas o bien constituyen errores del proyecto inicial...”*, incluido el caso de los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de “Las Lamparillas”, cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizará a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5.

Frente a ello la Consejería consultante aduce lo siguiente:

Uno: que la causa fundamental del modificado es el cambio de trazado del tramo inicial, al ser considerada más adecuada para el interés público la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Fortuna, modificación que no pudo ser prevista al ser todas las actuaciones relativas a la redacción del proyecto anteriores a la Orden de aprobación de las Normas Subsidiarias de dicho Municipio.

Dos: también se alega que los cambios de tipología de los enlaces han sido determinados en gran medida por las recomendaciones arqueológicas, ya que con estas soluciones se ocupan mucho menos zonas de ese interés.

Tres: finalmente, se dice que las modificaciones propuestas son debidas a necesidades nuevas por no estar contenidas en el proyecto originario, y que están motivadas por razones de interés público porque se sirve mejor al mismo con la autorización del modificado que con la alternativa al mismo, que incluiría la paralización de las obras, la rescisión del contrato con indemnización al contratista, y una nueva contratación.

Cuatro: se añade en el informe del Subdirector de Carreteras de 25 de enero de 2007, elaborado a raíz del Acuerdo 5/2007, de este Consejo Jurídico, que la modificación propuesta mejoraría notablemente las condiciones de circulación al evitar el tránsito por el polígono industrial de Fortuna de los 5.863 vehículos al día que, según se prevé, circularán por la variante, además de por otras razones que expone.

II. Tal como se plantea la controversia, existe acuerdo en que el objeto principal de la modificación es el cambio de trazado del tramo inicial. Según la Memoria del proyecto, anteriormente la carretera comenzaba en el punto kilométrico 13+300 de la actual carretera autonómica C-3223, y con la nueva solución comienza en el punto kilométrico 12+550, comenzando en una nueva glorieta donde confluyen la citada C-3223, con la A-5 Cta. de Molina y la entrada a la urbanización “Las Lamparillas”. Dice la Consejería consultante sobre esta nueva solución que es *“más adecuada para el interés público la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Fortuna, modificación que no pudo ser prevista al ser todas las actuaciones relativas a la redacción del proyecto anteriores a la Orden de aprobación de las Normas Subsidiarias de dicho Municipio”*. Siendo ésta la justificación dada a la que se presenta como causa principal de la modificación contractual, resulta necesario detenerse en los elementos que se ofrecen para tal afirmación.

Se dice inicialmente que la solución se propuso por el Ayuntamiento de Fortuna, y que se considera de interés público. Respecto a lo primero, cabe decir que consta entre los anejos del proyecto un escrito de 21 de septiembre de 2005 dirigido por el Alcalde de dicho municipio al Director General de Carreteras, en el que se expone lo siguiente:

“Como es sabido, la conexión de la variante de la carretera C-3223, cuyas obras se encuentran ya iniciadas, está previsto que se realice a la actual glorieta que también da servicio al Polígono Industrial de Fortuna. Con posterioridad a la aprobación de ese trazado, se ha tramitado ante esa Dirección General el llamado proyecto de “Intersección mediante glorieta entre las carreteras C-3223, A-5 y vial de acceso a la Urbanización Las Lamparillas y mejora del trazado en alzado pk. 12+530 al pk. 13+275” cuya ejecución esperamos que sea autorizada a la mayor brevedad.

Dado que las dimensiones de esta última glorieta serían mayores que las de la existente, creemos que sería beneficioso para mejorar la fluidez del tráfico, que la conexión de la variante se modificara para llevarla a cabo a través de la nueva glorieta proyectada.

En consecuencia, le ruego estudie la posibilidad que aquí apuntamos para que, en su caso, se modifique la conexión prevista de la variante de la carretera C-3223”.

En tal escrito se aprecia que la propuesta o sugerencia del Alcalde es para que se *estudie la posibilidad* de la modificación, cuestión en la que cabe incidir ya que no constaba en el expediente remitido a la Intervención General justificación alguna elaborada por la Consejería de que tal solución ofreciera ventajas para el tráfico respecto a la recogida en el proyecto inicial que se pretende modificar, ventaja que sólo ha sido expresada, como ha quedado dicho, a raíz del informe de 25 de enero de la Dirección General de Carreteras. Esta ausencia de justificación no es compatible con una correcta instrucción del procedimiento de modificación contractual, en el cual no es suficiente con afirmar de manera abstracta y genérica que concurren causas de interés público, sino que es necesario concretar esas causas. Como se desprende de lo dispuesto en los artículos 59 y 111 TRLCAP, desde un punto de vista material o sustantivo la modificación de los contratos ha de responder a la existencia de un interés público debidamente justificado y motivado, ya que la prerrogativa o derecho de modificación no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio y, en todo caso, ese *“ius variandi”* requiere una singular motivación de hechos que, en caso de no existir, impide la alteración del contrato (STS, Sala tercera, de 11 de abril de 1984). El interés público es el elemento esencial de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, ya que permite justificar la libertad de pactos del artículo 4, según el cual la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que

tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al *interés público*, y calificar los contratos como administrativos, al decir el artículo 5.2, b) que son tales los que satisfacen una *finalidad pública*. Este armazón tiene corolario lógico en el artículo 59.1 al establecer que la Administración ostenta la prerrogativa de modificar el contrato por razones de *interés público*, potestad que se concreta más adelante al expresar el artículo 111.1 que “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de *interés público* en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades *nuevas* o causas *imprevistas*, justificándolo debidamente en el expediente”. En estos casos en que la ley reclama una causa concreta de interés público la Administración tiene la carga de probar y motivar en cada supuesto la concurrencia de esa específica causa legitimadora, sin que sea suficiente una invocación genérica.

Existía, pues, razón bastante para la formulación del reparo que, en este aspecto, puede ahora considerarse subsanado y, por ello, no existiría, obstáculo para que el Consejo de Gobierno autorice que se levante.

III. Se aduce por la Consejería como causa de modificación del trazado la manifestada por el Alcalde de Fortuna, en su escrito de 21 de septiembre de 2005, que alude a una mejora en la fluidez del tráfico, a consecuencia de las dimensiones de la glorieta que se preveía autorizar a los promotores de la urbanización “Las Lamparillas”, y, por otra, en el ya citado informe de 25 de enero de 2007 se alude a la conveniencia de evitar el tránsito de vehículos por el polígono industrial de Fortuna.

Partiendo del hecho constatado de que el proyecto que se pretende modificar se aprobó técnicamente el 28 de septiembre de 2004 y que la propuesta del Director General de Carreteras para la iniciación del expediente de contratación data del día siguiente, y que se adjudicó su contrato el 28 de julio de 2005, la secuencia cronológica de los desarrollos urbanísticos mencionados es la siguiente:

- La aprobación definitiva del plan parcial y programa de actuación del “Polígono Industrial de Fortuna I” se publicó en el BORM de 2 de mayo de 2002, incluso el proyecto de reparcelación se aprobó inicialmente el 22 de octubre de 2002 (BORM de 30 de octubre).
- La aprobación inicial de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Fortuna “Las Lamparillas” fue el 29 de julio de 2003 (BORM de 7 de agosto de 2003), y la aprobación definitiva el 19 de diciembre de 2003, a salvo de las áreas incorporadas como suelo urbanizable sin sectorizar, así como los terrenos calificados como sistema general viario afectados por el nuevo ramal de acceso al sector desde el cruce de la A-5, que quedaba en suspenso hasta que se sometieran a exposición pública, cuya aprobación definitiva se produce por Orden del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el 9 de septiembre de 2004 (BORM de 13 de noviembre).

Por tanto, es evidente que para el expediente de contratación tales desarrollos urbanísticos no podían constituir causas nuevas.

QUINTA.- Sobre algunas incertidumbres del expediente remitido.

I. El aspecto central de la modificación contractual es, como ha quedado dicho, el cambio de trazado del tramo inicial (informe de carreteras de 19 de diciembre de 2006) que, en vez de enlazar con la C 3223 en la entrada del polígono industrial, lo haría en una rotonda de 50 metros de diámetro exterior, introducida por el proyecto (Informe de Supervisión).

Efectivamente, el proyecto dibuja en los planos la intersección de la variante con la A-5 en una glorieta que aparece en la planta general de trazado (plano 3.1), que se cita en la Memoria como elemento del trazado con la denominación de glorieta inicial (apartado 4.1), y cuya sección tipo se incluye en el plano 6.2.

A la vista de que, tal como apunta el informe de fiscalización, la descripción de esa glorieta podía coincidir con los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de “Las Lamparillas”, cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizaría, según se dice, a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5; y a la vista también de que la obra denominada “intersección en glorieta entre las carreteras C-3223, A-5 y vial de acceso a urbanización Las Lamparillas y mejora del trazado en alzado”, sometida a información pública mediante anuncio en el BORM nº 294, de 23 de diciembre de 2005, Pág. 28785 (promovida por el Ayuntamiento de Fortuna y la mercantil G., S.L) podía ser coincidente con tales accesos, el Consejo Jurídico solicitó en el Acuerdo 5/2007 que, mediante plano, fueren ubicadas ambas con precisión. Cumplimentada la solicitud, el plano remitido revela, como ha quedado reflejado en Antecedentes, que la intersección sur de la variante con la C-3223 y la A-5 se hace en una glorieta, sin que exista otra diferente que dé entrada a la urbanización Las Lamparillas, y que la glorieta que se traza en el Proyecto es, por tanto, la autorizada a los promotores del tan citado Plan Parcial Las Lamparillas.

Debe recordarse que el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 junio, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, en su artículo 80 e), indica que es obligación de los propietarios de terrenos urbanos sectorizados “*costear, conforme a lo establecido en esta Ley y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales y las obras de ampliación o refuerzo requeridas por la dimensión y características del sector, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general, o, en su caso, la cédula de urbanización o el Programa de Actuación*”; y que según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario el acceso sur del Plan Parcial Las Lamparillas a realizar en la intersección de la C-3223 y la A-5. Existe coincidencia, por tanto, entre la redonda promovida por el Ayuntamiento de Fortuna y G. S.L., y el acceso sur del Plan Parcial aprobado por la Consejería de Obras Públicas y cuya realización corresponde a los promotores del mismo, según dispone el citado artículo 80 del texto refundido de la Ley del Suelo, y según especifica también la ya citada Orden de 9 de septiembre de 2004.

Tal situación de hechos supone que una obra promovida y realizada por el Ayuntamiento de Fortuna y la mercantil G., S.L, está incluida en el proyecto modificado, situación en la que, como es obvio, el Consejo de Gobierno carece de fundamento en que apoyarse para autorizar el levantamiento del reparo formulado por la Intervención General hasta que no quede definida la situación jurídica de la referida glorieta y, por otra parte, hasta que no se descontase su importe del presupuesto del contrato modificado.

II. Paralelamente a lo dicho queda por exponer la falta de claridad del expediente en cuanto al estado de las obras. Según consta, y ha quedado reflejado en Antecedentes, con fecha 8 de junio de 2006 se dicta Orden de la Consejería por la que se dispone la suspensión temporal parcial de las obras uniéndose un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución del contrato; parcial porque,

según la propuesta formulada por el Ingeniero Director de la obra el 30 de mayo de 2006, *“afectaría únicamente a las obras que contempla el presente Proyecto Modificado, en concreto al tramo final del entronque con la C 3223, en la zona del polígono industrial de Fortuna”*. Entre la documentación remitida no figura el acta de suspensión cuyo levantamiento fue ordenado, lo que impide conocer si se ha cumplido la secuencia temporal exigible de que no se realicen las obras con anterioridad a su autorización, porque no consta, tampoco, que se haya seguido el procedimiento especial o “anticipado” previsto en el artículo 146.4 TRLCAP, según el cual: *“Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de las obras y ello ocasione graves perjuicios al interés público, el Ministro (...) podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como está previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe previsto no supere el 20 por 1000 del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación”*. La base imprescindible para la continuación de las obras hubiera sido una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa, y que no existe, ya que lo ordenado fue la suspensión.

En esa situación, no escapa a los ojos del observador que la naturaleza material de algunas de las modificaciones (tipología de los enlaces, ajuste de longitud de los viaductos y reposición de redes) hace que no estén en ningún caso incluidas en la Orden de suspensión temporal, que sólo afectaba al trazado del tramo inicial, dando así la razón al reparo formulado por el Interventor General.

SIXTA.- Recapitulación.

La tramitación del procedimiento de contratación de una obra pública de envergadura, como es la de carreteras, implica la necesidad de extremar el celo en la elaboración de los proyectos y preparación de los contratos, cuestión en la que siempre ha insistido la doctrina (DCE 5484/1997, de 13 de noviembre de dicho año), recalcando también la necesidad de justificar las causas alegadas para la modificación (mismo DCE). No obstante, es posible que la necesidad de algunas modificaciones pueda tener, en ocasiones, la fuerza suficiente como para aceptarlas, pese a manifestarse ostensiblemente como el resultado de la imprevisión o de las deficiencias del proyecto inicialmente aprobado (Consejo de Estado, Dictámenes 454/1996, de 8 de febrero; 3371/1996, de 28 de noviembre; y 4860/1998, de 8 de abril de 1999), como es el caso, en el modificado que se dictamina, de las reposiciones de servicios y de los ajustes de vanos de las estructuras; *mutatis mutandi*, también es posible aceptar, en el marco normativo vigente, la procedencia de ciertas modificaciones aunque se demuestre que no constituyen causas nuevas conforme al artículo 101 del TRLCAP, siempre que el interés público –alegado, concretado y probado– se vea mejor servido; incluso, como ha quedado expuesto, no es descartable que las mejoras del contratista puedan introducirse en el proyecto para hacer concordar éste con el contrato, si bien la solución idónea sería que en la licitación se acudiese a la introducción de variantes.

Sin embargo, no es posible continuar con la tramitación de un procedimiento de modificación contractual, hasta su autorización y adjudicación al contratista de la obra principal, sin definir claramente la situación jurídica de la infraestructura y, en este caso particular, sin determinar si la nueva glorieta donde confluyen la variante y la C-3223, con la A-5 y la entrada a la urbanización “Las Lamparillas”, queda incluida dentro de la red regional de carreteras y a través de qué procedimiento; y, en segundo lugar, sin que quede constancia expresa de que tal glorieta, considerada por la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de

noviembre, como sistema general viario del plan parcial, queda excluida del presupuesto del contrato modificado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, hay fundamento jurídico suficiente para entender que pueden levantarse los reparos formulados por el Interventor General, excepto el que se refiere a la variación del trazado e intersección de la variante en glorieta con la A-5 y la entrada de la urbanización “Las Lamparillas”, hasta que se determine si esta glorieta queda incluida dentro de la red regional de carreteras y a través de qué procedimiento; y, en segundo lugar, de que quede constancia expresa de que tal glorieta, considerada por la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, como sistema general viario del plan parcial, queda excluida del presupuesto del contrato modificado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 18/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. C. V., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 07/02/07

Extracto de Doctrina

Advertida la importancia de la información en la relación médico-paciente, resulta necesario a continuación abordar el problema de su prueba. Respecto del consentimiento informado y dado que a la fecha de la intervención estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestarlo, resulta evidente que el medio de prueba ordinario será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación. Ahora bien, la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2003 (de certificación en la Oficina de Correos), D. J. C. V. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional por una inadecuada asistencia sanitaria, que le supuso tener que ser sometido a una segunda intervención por sangrado y lesión esplénica con las secuelas que derivan de la misma. Según describe, desde hacía varios años sufría la sintomatología propia de una hernia de hiato, por lo que siguiendo las prescripciones del Dr. A., especialista en cirugía del Hospital Morales Meseguer, ingresó en el mismo para ser intervenido el 18 de agosto de 2000. Manifiesta que el cirujano le había indicado que si no eliminaba la hernia podía producirse un agravamiento de su salud, explicándole en ese momento, y a petición suya, que la técnica que iba a utilizar era la laparoscopia, mínimamente invasiva, que sólo requería dos o tres días de hospitalización, y que, tras el postoperatorio, haría una vida normal.

El 18 de agosto fue operado por la mañana, siendo visitado por el Dr. A. que le comunicó que la operación había sido un éxito. Según indica, ya en ese momento puso de manifiesto que no se encontraba bien, teniendo unos dolores muy agudos, extremo este que el doctor entendía derivado del propio postoperatorio y, por tanto, dentro de la normalidad; lo anterior fue reiterado a otros facultativos que requirió, prescribiéndole única y exclusivamente calmantes.

Esa misma noche, ante el aumento del dolor, se solicitó la presencia del médico de guardia, Dr. M., quien dictaminó la existencia de un punto sangrante en la zona de punción del neumoperitoneo, que provocaba un importante sangrado interno, motivado por la aparición de un daño en el bazo o en el hígado. El mismo doctor dijo que la única solución era la de operación y extirpación del bazo.

Esta intervención supuso dos días en la UCI, para ser después trasladado a planta, dándole el alta el día 31 de agosto de 2000.

Desde ese día, manifiesta el reclamante, sigue sin poder tragar alimentos con normalidad y con múltiples problemas gastrointestinales, lo que ha provocado tener que acudir al Dr. P., especialista en cirugía torácica del Hospital Virgen de la Arrixaca, quien ha dictaminado la necesidad de otra intervención al tener la válvula demasiado cerrada, intervención de la que está en lista de espera.

Señala que por los anteriores hechos presentó una denuncia tramitada por el Juzgado de Instrucción núm 3 de la capital (Diligencias Previas 3.863/01), que concluyeron en el sobreseimiento provisional, notificado a la parte reclamante el 27 de noviembre de 2003. Destaca de las actuaciones penales previas el informe del Médico Forense D. R. M. B. G., quien manifiesta: “(...) *En la documentación aportada no se desprende la existencia de una actuación incorrecta o no acorde a los principios generalmente aceptados de la práctica médica a pesar de que el transcurso de la intervención haya dado lugar a una complicación infrecuente y, en teoría, presuntamente evitable*”.

Finalmente solicita, en concepto de perjuicio personal y moral, así como por quebranto de la economía familiar derivado de la inadecuada asistencia médica, que ha dejado como secuelas una disfagia y una eventración, la cantidad de 180.303,63 euros, Por último propone, como prueba documental, la incorporada al escrito de reclamación, así como la obrante en su historia clínica, y como testifical, la declaración de los Dres. A., M. y M. J. P..

SEGUNDO.- Con fecha 27 de enero de 2004, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual se notificó a las partes interesadas, a la vez que se solicitó a los Hospitales Morales Meseguer y Virgen de la Arrixaca las correspondientes historias clínicas, y los informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se remitió la historia clínica e informe del Dr. A., Jefe de Sección de Cirugía General y Aparato Digestivo, según el cual:

“Paciente D. J. C. V.: visto en consulta externa de Cirugía General, remitido por S° de Aparato Digestivo con diagnóstico de hernia hiatal, esófago de Barret, aportando informe anatomopatológico de displasia moderada.

El paciente es intervenido el 18-8-00, realizándose funduplicatura de Nissen y cierre de pilares diafragmáticos por vía laparoscópica. A las 12 horas de la intervención se avisa por hipotensión evidenciándose en la analítica la caída de 10 puntos de hematocrito, por lo que, con sospecha de hemoperitoneo, el paciente se reinterviene de urgencias, encontrándose hemoperitoneo de +/- 1.5 l por desgarró esplénico. Se realizó esplenectomía con ligadura de pedículo y punto de sutura hemostático a nivel umbilical, y lavado abundante de cavidad abdominal con suero fisiológico. El paciente pasa a UCI para su control hemodinámico postcirugía, siendo dado de alta en la Unidad a las 24 horas, debida a su estabilización hemodinámica.

La evolución del postoperatorio en planta fue satisfactoria por lo que fue dado de alta el 31-8-00

El 3-10-00, se revisa al paciente en consulta externa, solicitándole gastroscopia, analítica programada y Rx de tórax para su control de postoperatorio tardío”

En la historia clínica figura el consentimiento informado para cirugía de urgencia por abdomen agudo, suscrito el 18 de agosto de 2000 (folios 69 y 70), y el consentimiento informado para anestesia general de 27 de marzo de 2000.

CUARTO.- Tras varios requerimientos el Hospital Virgen de la Arrixaca remite finalmente la historia clínica, que obra en los folios 167 a 189.

QUINTO. Por la instructora se requiere al reclamante para que aporte las preguntas que desea formular a los Dres. A., M. y P., sin que fuera cumplimentado el citado trámite, según la propuesta de resolución.

SEXTO.- Consta en el expediente el informe del Médico Forense (folios 197 a 200) emitido en el Procedimiento de Diligencias Previa 3863/01, a instancia de la instructora, que contiene las siguientes conclusiones:

“1. De la actuación médica investigada se desprende la existencia de complicaciones quirúrgicas mayores y menores que han conducido a un resultado desfavorable de una intervención, que estaba adecuadamente indicada.

2. No se ha identificado una actuación médica deficiente que sea origen de dichas complicaciones, que se consideran como inherentes a la propia técnica quirúrgica elegida.”

SÉPTIMO.- El informe de la Inspección Médica, de 15 de febrero de 2006, señala:

“El sangrado de la zona de punción para el neumoperitoneo y el desgarró esplénico, aunque poco frecuentes son riesgos típicos. Si esta información se hubiera proporcionado

desde el principio el paciente hubiera concedido su aprobación asumiendo dichos riesgos, no tendría objeto esta reclamación, pero la ausencia de información en este sentido (no existe constancia documental de la información proporcionada) crea unas expectativas de facilidad no acordadas, en general, a cualquier procedimiento quirúrgico”.

Además extrae las siguientes conclusiones:

“1. La indicación quirúrgica, la vía laparoscópica y la técnica quirúrgica empleada fueron las adecuadas y conforme al diagnóstico que padecía (Hernia de Hiato, Esófago de Barret).

2. La esplenectomía con el hallazgo anatómico-patológico de múltiples desgarras de la cápsula esplénica y hemorragias subcapsulares son complicaciones infrecuentes y evitables de la cirugía laparoscópica.

3. No queda acreditada la disfagia como un daño efectivo, en ningún momento ha sido objetivada con diferentes técnicas exploratorias. En todo caso la sintomatología clínica del principio ha ido mejorando hasta desaparecer.

4. No podemos considerar la eventración previsible, ni como una secuela, de la intervención, si acaso complicación de la misma, que ya ha sido resuelta satisfactoriamente.

PROPUESTA

Por todo lo anteriormente expuesto, y salvo mejor criterio, se propone la estimación, sólo en parte, de la presente reclamación indemnizatoria.”

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, el reclamante presenta alegaciones en las que se ratifica en su reclamación, estimando que el informe de Inspección Médica no hace sino corroborar, justificar y avalar lo solicitado por él.

NOVENO.- La aseguradora del ente público sanitario, Z. E., aporta dictamen médico conjunto de cuatro especialistas en cirugía general y digestivo, que concluyen:

“1. El paciente presentaba una HdH con RGE y esófago de Barret por lo que la indicación de cirugía era correcta.

2. Los preoperatorios eran correctos y no descartaban la intervención.

3. La cirugía se llevó a cabo en tiempo y forma correctas.

4. En el postoperatorio presentó una complicación inherente al procedimiento, aunque con una frecuencia escasa como es el sangrado intraabdominal, por un desgarro de la cápsula del bazo.

5. La complicación fue diagnosticada y resuelta de manera correcta en cuanto surgieron los primeros síntomas de abdomen agudo.

6. La esplenectomía debida a una lesión esplénica se presentaba en el 2 a 5 % de los casos de reparación de la HdH en cirugía abierta. En cirugía laparoscópica la casuística es mucho menor siendo su frecuencia del 0.1%.

7. El paciente firmó previamente los documentos de CI para cirugía del abdomen agudo, en los mismos se exponen de manera clara las posibles complicaciones del procedimiento.

8. *A. pesar de que se reclama también por la existencia de una disfagia postcirugía, no se ha comprobado la misma en las sucesivas y exhaustivas revisiones durante casi 4 años.*

9. *Las hernias incisionales son complicaciones inherentes a las laparotomías, siendo su casuística alrededor del 15 % de todos los pacientes que están en LEQ.*

10. *La hernia incisional fue reparada de manera correcta mediante la colocación de una malla de polipropileno.*

11. *De acuerdo con la documentación examinada, se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta, no identificándose mala praxis que fuera el origen de las complicaciones surgidas, las cuales podemos considerarlas como inherentes a la propia técnica quirúrgica”.*

DÉCIMO.- Remitido el anterior dictamen al reclamante formuló alegaciones en las que se ratifica en su adhesión al informe de Inspección Médica, considerando que el informe de los peritos de la aseguradora parte de una visión sesgada y parcial de la realidad médica.

UNDÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 11 de septiembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP. En cuanto a la acreditación de la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, y ha presentado, por ejemplo, el escrito de alegaciones, se puede entender acreditada en tanto figura como letrado designado en las diligencias penales previas, si bien ha de resaltarse que en el escrito de reclamación presentado ante la Administración regional se designa solamente a efectos de notificaciones, y no para ejercitar acciones, en los términos expresados por el artículo 32.3 LPAC.

Respecto a la legitimación pasiva, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe

dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en nuestro Dictamen 65/02.

En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, aunque el daño se imputa a la intervención quirúrgica practicada el 18 de agosto de 2000, sin embargo, como señaló el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 46/98, entre otros, el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa. Así, constando en el expediente que el auto que dispone el sobreseimiento provisional data de 18 de noviembre de 2002 (notificado al reclamante el 27 siguiente), y no teniendo constancia de que se realizaran ulteriores actuaciones en dicha vía jurisdiccional, la notificación del referido auto se convierte en el día inicial del cómputo del plazo para interponer la reclamación; por ello, habiéndose ejercitado la acción el 17 de noviembre de 2003, se considera que se ha interpuesto en el límite anual, pero dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Por último el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

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

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

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

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

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

tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por tanto, ha de analizarse la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial, en relación con las imputaciones que se realizan.

El reclamante, en su escrito inicial, achaca a la Administración regional una inadecuada asistencia sanitaria, que le supuso una segunda intervención, y le produjo las secuelas que alega. Para fundamentar su petición se basa inicialmente en los hechos que describe, y en el siguiente párrafo del médico forense: “*a pesar de que el transcurso de la intervención haya dado lugar a una complicación infrecuente y, en teoría, presuntamente evitable*”. Con posterioridad y, a través del escrito de alegaciones, se ha adherido el reclamante al informe de la Inspección Médica, que concluye en la estimación, sólo en parte, de la reclamación presentada.

El planteamiento genérico de la reclamación inicial presentada obliga al Consejo Jurídico, al igual que los informes médicos obrantes en el expediente, a considerar la praxis médica seguida con el paciente, en varias vertientes: indicación quirúrgica por hernia de hiato; técnica que se empleó; riesgos derivados de la técnica empleada, e información suministrada al paciente.

1º. Sobre la indicación de la intervención.

El paciente padecía una esofagitis de reflujo diagnosticada mediante endoscopia, en la que se apreció una hernia de hiato y un esófago de Barret.

Tanto el Médico Forense como la Inspección Médica consideran que la indicación quirúrgica era la adecuada por lo siguiente:

Según el Médico Forense (folio 198): “*en presencia de una hernia hiatal, la existencia de una esofagitis de reflujo es, a juicio de la mayoría de los autores, indicación operatoria. El tratamiento quirúrgico de las consecuencias del reflujo gastroesofágico ha de indicarse antes de que estas sean irreversibles (estenosis fibrosis no dilatables), y tiene como objetivo la construcción de un dispositivo anatómico que impida el reflujo continuado*”.

La Inspección Médica coincide en lo señalado con anterioridad (folio 211):

“*Cuando el tratamiento médico es prolongado, no efectivo, o la hernia de hiato es muy grande, o las lesiones esofágicas muy importantes, dadas las consecuencias que puede acarrear la presencia de reflujo gastroesofágico, se indicará la cirugía sin esperar a que surjan más complicaciones (...). Añade también que en el paciente “la enfermedad por reflujo gastroesofágico había producido cambios estructurales en la mucosa esofágica (esófago de Barret), por lo que la indicación quirúrgica era clara*”.

En consecuencia, la indicación quirúrgica era la adecuada y conforme al diagnóstico, por lo que no cabe apreciar infracción de la *lex artis* en este extremo.

2°. Sobre la técnica empleada.

Ambos coinciden también en que la cirugía laparoscópica es el tratamiento de elección (folios 211), señalando, a este respecto, el Médico Forense (folio 198):

“Este procedimiento, que es probablemente el más utilizado, no está exento de complicaciones (...) La utilización de las técnicas laparoscópicas disminuyen los riesgos para el paciente, así como el periodo de hospitalización. Se trata de técnicas que presentan un menor porcentaje de complicaciones operatorias que las técnicas de cirugía abierta. En el caso de la intervención de Nissen-Rosetti (utilizada en la operación) se han publicado diversas series en las que la presencia de complicaciones, en ocasiones serias y letales, aparecen en un bajo porcentaje y disminuyen significativamente (...).

Tampoco en este aspecto se acredita por el reclamante infracción de la *lex artis*.

3°. Sobre los riesgos derivados de la técnica empleada.

La existencia de sangrado y lesión esplénica que presentó el paciente en el postoperatorio no implica la demostración de una actuación imprudente o negligente, según el parecer del Médico Forense (folio 200) y que, en el presente caso, no sería imputable a una actuación negligente, sino que son complicaciones mayores inherentes a la propia técnica quirúrgica (folio 199). También la Inspección Médica indica que *“el sangrado en la zona de punción para el neumoperitoneo y el desgarro esplénico, aunque poco frecuentes, son riesgos típicos”* (folio 212).

Además, el reclamante manifiesta que, desde la intervención, sufría disfagia y eventración, respecto a las que el Médico Forense considera complicaciones más frecuentes y afortunadamente más leves en cuanto al pronóstico, en estas intervenciones, dado que son una consecuencia directa de las propias características de las modificaciones anatómicas quirúrgicamente producidas (folio 199).

En todo caso, la Inspección Médica, a cuyo informe se adhiere el reclamante, manifiesta que:

“no queda acreditada la disfagia como un daño efectivo, en ningún momento ha sido objetivada con diferentes técnicas exploratorias. En todo caso, la sintomatología clínica del principio ha ido mejorando hasta desaparecer”.

“no podemos considerar la eventración previsible, ni como una secuela de la intervención, si acaso complicación de la misma, que ya ha sido resuelta satisfactoriamente”.

En este sentido, los peritos de la aseguradora también aclaran que *“las eventraciones secundarias a laparotomías son una complicación que surge a los meses de habérselas realizado, estando en relación con la forma de cicatrización de los pacientes, no pudiendo ser achacadas a un defecto técnico si no se producen en las primeras 24 a 48 horas del cierre de la laparotomía”.*

En todo caso, de la eventración fue intervenido quirúrgicamente el paciente y, tras un postoperatorio satisfactorio, fue dado de alta. A este respecto la Inspección Médica señala que la corrección del defecto de la pared abdominal, tras un periodo mínimo de hospitali-

zación, le ha permitido recuperar la actividad habitual en poco tiempo con total posibilidad de movimientos y ausencia de complicaciones (folio 214).

De las consideraciones médicas anteriores se concluye que el sangrado y la lesión esplénica en el postoperatorio de una intervención laparoscópica son un riesgo típico de esta intervención, aunque no frecuente. También que la disfagia y la eversión son complicaciones más frecuentes, si bien en el caso de la primera no se ha acreditado como daño efectivo y, en el caso de la segunda, ya ha sido resuelta satisfactoriamente.

4º. Información suministrada al paciente: el consentimiento informado.

No obstante la conclusión alcanzada en las consideraciones precedentes, también cabe incluir dentro del concepto de *lex artis* el aspecto relacional médico-paciente, en alusión a la información que éste debe recibir de aquél respecto al proceso de su enfermedad o, como en el supuesto planteado, de su operación. Y en este marco es donde debe insertarse las manifestaciones formuladas por el reclamante sobre la información recibida: *“a dicha solución operatoria se llegó por consejo del Dr. A. quien me manifestó que si no se eliminaba esa hernia, podía producirse un agravamiento de mi salud y explicándome en ese momento y, a petición mía, que la técnica que se iba a utilizar en la misma era la laparoscopia, mínimamente invasiva, que solamente requería dos o tres días de hospitalización y que después del postoperatorio haría una vida normal y podría comer de todo”*.

Como ya dijimos en nuestros Dictámenes 114/2003 y 94/2005, es un criterio jurisprudencial consolidado -por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1998 (Sala de lo Civil) y 3 y 10 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)- que el derecho de información que ostenta el paciente deriva del principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, en tanto que debe constituir un acto clínico más. Su plasmación normativa se encontraba, en la fecha en que se producen los hechos de los que deriva la reclamación, en los apartados 5 y 6 del artículo 10 LGS, que establecían el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (artículo 10.5) y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo diversas excepciones. Hoy su regulación ha sido sustituida por los Capítulos II y IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley 41/2002).

La información previa al consentimiento, entendida como aquella que persigue que el interesado acceda o decida someterse a una determinada operación, con advertencia de riesgos, porcentaje de fracasos, alternativas de tratamiento, etc., trasladando al médico la responsabilidad por los riesgos derivados de la intervención (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000), se constituye en un acto clínico más, por lo que el análisis de cómo se desarrolle este acto incidirá en el análisis de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos y en la determinación de su ajuste o no al estándar de funcionamiento del servicio asistencial, lo que determinará la antijuridicidad o no del daño que se anude a su falta de prestación.

En definitiva, ante una intervención médica que en lo técnico es conforme con la *lex artis*, pero en la que se ha producido un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible, la ausencia de consentimiento informado supondría trasladar al médico la

responsabilidad por el resultado dañoso sufrido por el paciente, determinando que la lesión derivada de un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, de forma que, por no haber mediado esa información, el enfermo no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Advertida la importancia de la información en la relación médico-paciente, resulta necesario a continuación abordar el problema de su prueba. Respecto del consentimiento informado y dado que a la fecha de la intervención estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestarlo, resulta evidente que el medio de prueba ordinario será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación. Ahora bien, la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara: *“la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”*.

Aplicada la anterior doctrina al supuesto sometido a consulta, es evidente que no obra en el expediente el preceptivo documento de consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica (sólo el de anestesia general), pues el que sí consta (folio 69) corresponde a la segunda intervención que se le practicó de urgencia por el Dr. M., suscrito el mismo día 18 de agosto de 2000, y que autorizaba “para cirugía de urgencia por abdomen agudo” (sic).

Pese a la ausencia de constancia escrita para la primera intervención, ¿puede deducirse de la historia clínica que el paciente era conocedor de los riesgos inherentes a la citada técnica que, en realidad, luego acontecieron? De la historia clínica no se desprende ningún dato que pueda probar dicha información, salvo lo que dice el paciente, quien manifiesta que, a petición suya, el facultativo que le intervino le indicó la técnica que iba a aplicar (laparoscopia), y la facilidad para su recuperación. Pero, en ningún caso, consta en la historia clínica dato que pruebe que dicho facultativo le explicara los riesgos de la primera intervención, teniendo en cuenta, de acuerdo con lo indicado en el apartado anterior, que los que se dieron eran inherentes a la técnica empleada, según el Médico Forense y la Inspección Médica, aunque en el caso de los graves, infrecuentes. Por ello, negada la información sobre los riesgos de la intervención por parte del paciente, incumbe a la Administración acreditar dicho extremo dado que no existe consentimiento informado por escrito para la primera intervención, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta,

sin que sea aplicable al presente supuesto lo indicado en la propuesta de resolución sobre una nueva inversión de la carga de la prueba, en cuanto que incumbe al reclamante probar que la información suministrada fue insuficiente, citando a este respecto nuestro Dictamen 50/2006; sin embargo la cita de dicha doctrina no es aplicable al presente supuesto, por las siguientes razones:

1ª. No existe documento de consentimiento informado escrito, a diferencia del expediente objeto del Dictamen núm. 50/2006, que sí contenía el documento de consentimiento informado, donde se hacía constar que el paciente conoce los riesgos de la intervención, aunque se consideraba insuficiente por el reclamante por su carácter genérico.

2ª. La historia clínica ha de mostrar indicios de que se ha desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a la declaración formal de que se le había dado información acerca de la intervención a practicar (Dictamen núm. 191/2006). Sin embargo, en el supuesto ahora sometido a consulta, la historia clínica no arroja luz alguna acerca de si pudo llevarse a efecto tal información de forma verbal, pues ni tan siquiera el cirujano que practicó la primera intervención hace referencia a la información que le trasladó al paciente sobre los riesgos de la intervención, cuando se le pide informe tras el ejercicio de la acción de reclamación (folio 32).

Por ello, precisamente, la Inspección Médica concluye en la estimación, sólo en parte, de la reclamación por cuanto: *“El sangrado en la zona de punción para el neuromoperitoneo y el desgarró esplénico, aunque poco frecuentes, son riesgos típicos. Si esta información se hubiera proporcionado desde el principio y el paciente hubiera concedido su aprobación asumiendo dichos riesgos, no tendría objeto esta reclamación, pero la ausencia de información en este sentido crea unas expectativas de facilidad no acordes en general, a cualquier procedimiento quirúrgico”*.

Ya podemos afirmar que la información acreditada en la historia clínica que se ha dado al paciente ha de calificarse de incompleta si tenemos en cuenta los derechos de información y los requisitos del llamado consentimiento informado, que ha sido objeto de estudio pormenorizado en nuestro Dictamen núm. 114/03. Sin embargo, no existe prueba, ni siquiera indiciaria, de que el paciente recibiera información precisa sobre los riesgos de la intervención quirúrgica, ventajas e inconvenientes, y pronóstico sobre las probabilidades del resultado. Y, aunque se permita su práctica en forma verbal, debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exigen los artículos 10.11 LGS

Por tanto, la quiebra de la *lex artis* que permite imputar el daño a la actuación de los servicios públicos sanitarios queda limitada a la infracción del derecho a la información del paciente, como ha quedado razonado en las consideraciones precedentes. Desde esta perspectiva, lo indemnizable será, precisamente, la ausencia del consentimiento informado. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de abril de 2000, acoge que la ausencia de consentimiento informado trae como consecuencia la imposibilidad de ponderar los riesgos y de sustraerse a la terapia ofrecida, pues genera una situación de inconsciencia provocada por la falta de información del riesgo existente imputable a la Administración sanitaria, que supone por sí misma un daño moral, grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención, susceptible de ser indemnizado, en tanto que vulnera un derecho del paciente, muy directamente relacionado con su dignidad personal.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, el reclamante se limita a expresar un importe global que solicita como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación, cuando le correspondía su probanza.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia en supuestos similares, así como a la doctrina del Consejo Jurídico, sobre el resarcimiento por la inexistencia de consentimiento informado.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta, entre las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, que la indicación quirúrgica, la vía laparoscópica, y la técnica aplicada fueron las adecuadas conforme al diagnóstico que padecía el paciente, según el informe del Médico Forense y de la Inspección Médica. También que las complicaciones de la misma han sido resueltas satisfactoriamente a tenor del informe de la citada Inspección Médica (folio 215), que no ha sido cuestionado por el reclamante. Incluso señala dicha Inspección que no se ha acreditado como daño efectivo la disfalgia, y en cualquier caso la sintomatología ha ido mejorando hasta desaparecer. En cuanto a la eventración, también manifiesta que no puede considerarse como previsible, ni como una secuela de la intervención, si acaso como una complicación de la misma que ya ha sido resuelta.

Respecto a las circunstancias personales del paciente, pues se alude al quebranto de la economía familiar en relación con el daño, nada se motiva a este respecto por el reclamante, obrando únicamente en la historia clínica que, a fecha 18 de noviembre de 2003 (folio 147), era prejubilado de banca.

En segundo lugar, circunscrita la infracción de la *lex artis* al incumplimiento del consentimiento informado, el daño que se puede imputar a la Administración es el daño moral que ha derivado para el interesado por no habersele informado, que las SSTS, Sala 3ª, de 22 de junio de 2001, y de 25 de abril de 2005, valoran en 6.010 euros. También las sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2001 y 22 de noviembre de 2000, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 30 de junio de 2.004.

En tercer lugar el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes de 3.000 euros (por ejemplo, el núm. 63/2005) no parece admisible en términos de equidad en el presente supuesto, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir (zozobra, preocupación, molestias, etc.), si se tiene en cuenta que el paciente se vio sometido a una segunda intervención de urgencia durante su estancia en el hospital y, con posterioridad (el 19-1-2003), se le practicó una eventración (deficiencias o fallas en el proceso de cicatrización) secundaria a la herida quirúrgica abdominal de la reintervención (folio 198 del Médico Forense), aunque no fuera esperable en el curso normal de los acontecimientos, ni se debiera, por sí solo, al antecedente quirúrgico laparotómico, según la Inspección Médica (folio 214).

En consecuencia, el Consejo Jurídico estima que la cantidad de 6.010 euros resulta adecuada como global resarcimiento por los daños derivados de la inexistencia de consentimiento informado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, pues el Consejo Jurídico sí advierte la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a lo razonado en la Consideración Tercera, 4º.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 19/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. G. Z., como consecuencia de los daños sufridos en accidente de circulación.

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

Fecha: 07/02/07

Extracto de Doctrina

1. La aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable).

2. La jurisprudencia revela que, aun cuando en el atestado no se haga referencia a la conducta del accidentado como posible concausa del siniestro, ello no impide que así se aprecie cuando sea posible su razonable deducción a la vista de la totalidad de las circunstancias concurrentes.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 31-7-02, D. J. L. G. Z. interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, basada en los siguientes hechos:

“PRIMERO.- Que sobre las 17’30 horas del día 13 de agosto de 2001, cuando me encontraba circulando con mi ciclomotor Gilera Runner, matrícula municipal de Murcia N.º X, sobre el punto kilométrico 4.300 de la carretera MU-F-19, término y partido judicial de Murcia, sufrí un accidente como consecuencia del cual resulté gravemente lesionado.

SEGUNDO.-La causa del accidente se encuentra en el mal estado de la calzada, hallándose el firme en mal estado de conservación y rodadura, con elevación del mismo, constituyendo un obstáculo para los vehículos, en especial los de dos ruedas.

En estos términos se expresa el guardia civil redactor del atestado, quien añade: que la causa eficiente del accidente se encuentra en “...el mal estado de la calzada, que presenta una elevación del firme, posiblemente debido a las raíces del arbolado, constituyendo un obstáculo apenas perceptible para el conductor del ciclomotor Gilera Runner, el cual al circular sobre la referida elevación, motivó que perdiera el control del vehículo”.

TERCERO.- Como consecuencia del accidente tuve que ser ingresado en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, sufriendo las importantes lesiones que constan en el informe médico que se adjunta, para las que necesité ingreso hospitalario.

El tiempo que tardé en alcanzar la curación fue el de 150 días, de los cuales 43 fueron de ingreso hospitalario y las secuelas que tengo del citado accidente consisten en secuela mental con déficit de la memoria de fijación y perjuicio estético importante por cicatrices y pigmentaciones secundarias a las abrasiones de piel.”

En concepto de indemnización, reclama 6.866 euros por los días de incapacidad, 42.000 euros por las secuelas (“a efectos estimativos”) y 542’78 euros por los daños sufridos por el ciclomotor. También solicita indemnización por los daños morales y los producidos por la pérdida del curso escolar a consecuencia del accidente y las secuelas.

Acompaña a su escrito copia simple del atestado levantado en su día por la Guardia Civil de Tráfico e informe de alta médica de 25-9-02, del “Hospital Virgen de la Arrixaca”, que expresa lo siguiente:

“ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente que ingresa de urgencia por haber sufrido accidente de motocicleta. Fue atendido por el 061 en el lugar del accidente, encontrándolo agitado y moviendo ordenadamente las 4 extremidades.

Ingresa en este hospital obnubilado, agitado, con un GCS de 9/10 puntos, pupilas medias reactivas y sin focalidad de vías largas. Herida incisa en región parietal derecha.

Los exámenes complementarios evidencian una fractura temporoparietal derecha, con mínimo hematoma epidural subyacente y pequeña contusión hemorrágica temporal izquierda y pequeño sangrado subaracnoideo parietal izquierdo. Fractura de clavícula derecha.

El paciente queda ingresado bajo observación neurológica, evolucionando lentamente hacia la mejoría del estado de conciencia, con fases de agitación hasta la completa

recuperación del conocimiento. Se hace evidente una diplopia por paresia del VI par, no presentando ningún otro déficit neurológico adicional. Alta a su domicilio.

DIAGNÓSTICO PRINCIPAL

TCE FRACTURA TEMPOROPARIETAL DCHA. 3T 20.10

OTROS DIAGNÓSTICOS

HEMATOMA EPIDURAL SUBYACENTE. 1T180.30

CONTUSIÓN HEMORRÁGICA TEMPORAL IZDA. 1T120.34

HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA PARIETAL IZDA. 1T150

FRACTURA DE CLAVICULA DERECHA

TRATAMIENTO

Debe guardar reposo relativo durante 1 mes.

REVISIÓN

En consulta externa de Neurocirugía en la fecha y hora dada en el informe de alta provisional.”

También aporta un informe clínico del Servicio de Neurocirugía del citado Hospital, de fecha 14-6-02, que señala lo siguiente:

“Paciente que con fecha 13/08/01 sufrió accidente de motocicleta con múltiples lesiones craneales (ver anterior informe) y erosiones múltiples en cuerpo.

Como consecuencia del accidente el paciente sufrió en los meses siguientes cefaleas, diplopia y déficit de memoria que le impidieron retornar a su curso escolar hasta febrero-02.

Actualmente presenta como secuela mental un déficit de la memoria de fijación y pigmentaciones cutáneas secundarias a la abrasión traumática en brazo (8x3 cm) y mano derecha (1x1), brazo izquierdo (20x6 cm) y mano izquierda (3x2, 3x2 y 2x2 cm), en MID a nivel de rodilla (11x7) y pierna (23x6 cm). A nivel de MII en muslo (10x8 cm) y rodilla (10x5). Cicatriz en cabeza de 3 cm.

Consideramos que los días que tardó en obtener la curación a causa de la cefalea y diplopia fue de 150 días y que las secuelas que permanecen son derivadas de perjuicio estético importante por pigmentaciones secundarias a las abrasiones de piel y las derivadas de la disminución de memoria para hechos recientes.”

Asimismo, presenta una factura de reparación de la motocicleta, de fecha 30-05-02, por importe de 542'78 euros, así como certificaciones académicas correspondientes a los cursos 3º y 4º de la Educación Secundaria Obligatoria y de los cursos 1º y 2º del Bachillerato (BAC) que ha seguido en el Instituto de Educación Secundaria “Mariano Baquero Goyanes” de Murcia, expedidos por el Secretario de dicho centro, con las calificaciones obtenidas (años académicos desde 1998 a 2002, inclusive).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por la Consejería consultante, la instructora del procedimiento requirió al reclamante para la mejora de su instancia, presentando un representante del mismo el 25-10-02 copia compulsada de la licencia de conducción del ciclomotor y de su D.N.I., y declaración jurada de no haber percibido indemnización por los hechos por los que se reclama, expresando no poder aportar la documentación relativa

al ciclomotor por haberlo vendido después del accidente. El mismo representante presentó escrito el 28 siguiente proponiendo prueba documental, consistente en la documentación adjuntada con el escrito de reclamación.

TERCERO.- Solicitado el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras sobre los hechos en cuestión, fue emitido el 3-3-03, expresando lo siguiente:

“La carretera aludida en la citada reclamación pertenece a esta Administración, es la denominada F-19.- “De la Ctra. de Albacete a Cartagena a Balsicas por la Estación del F.C. de Riquelme a Sucina”, su firme es de macadam con tratamiento superficial, presentando en el tramo aludido un aceptable estado de conservación.

No se tiene constancia de haberse producido el citado accidente ni en el lugar ni en la fecha referidos.

El tramo aludido está situado en zona de trazado ondulado y tiene perfecta visibilidad en ambos sentidos de circulación, estando dotado de la señalización vertical y horizontal en perfecto estado.

(En) el lugar señalado no se observa ningún obstáculo en el firme que sea capaz en sí mismo de ocasionar un accidente siquiera para un vehículo de dos ruedas, y el estado del firme del tramo indicado no difiere en absoluto del resto de tramos de la totalidad de su trazado.

Existen unas imperceptibles elevaciones en varios tramos de la citada carretera, sin que pueda ser atribuible a las mismas las causas de la caída señalada.

La percepción de la presunta elevación, que no constituye obstáculo en ningún caso, por parte del conductor, es perfecta en ese tiempo y circunstancias.

Se estima por todo lo anterior que no queda acreditada en absoluto la relación de causalidad entre el siniestro referenciado y un anormal funcionamiento de los servicios.

En todo caso la causa pudiera deberse a un imprevisible desvanecimiento, golpe de calor, distracción o velocidad inadecuada para el trazado de la vía y/o de la señal de limitación existente, cuestión esta última no suficientemente acreditada al no haberse efectuado el marcaje previo de la situación del vehículo después de su caída, antes de proceder a la retirada del mismo por imperativos de la circulación.”

CUARTO.- Solicitado informe al Parque de Maquinaria de la citada Dirección General, es emitido el 26-3-03, en el que se indica que el valor venal del vehículo es de 1.382 euros, que el valor de los daños por los que se reclama no es elevado, y acorde con la forma de ocurrencia del accidente, si bien no existe forma de contrastar dichos daños, al no aportarse documentación gráfica ilustrativa al respecto. Además, señala que *“coincidimos con la apreciación expresada en el informe del Técnico Sr. L. C. que las irregularidades detectadas en la calzada no son por sí mismas de suficiente entidad como para ser la causa del accidente y en menor proporción si se circula a la velocidad permitida. Además, del citado informe se desprende que el estado general de la calzada en todo el trazado de la misma presenta características similares y por tanto el conductor del vehículo que circula por ella debe hacerlo a la velocidad adecuada y con arreglo a las condiciones de la carretera, tal y como se indica en el art.-17 apartado e) del Código de Circulación.*

Por otro lado, de la lectura del informe clínico de lesiones causadas en el accidente, da la impresión de que el reclamante no llevase el preceptivo casco protector que igual-

mente obliga el Código de Circulación, ya que según el mismo presenta y cito literalmente múltiples lesiones craneales, lo cual no estaría acorde con una velocidad adecuada y el uso del casco protector.”

QUINTO.- Solicitadas del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Murcia las actuaciones que obraran en el mismo por los hechos en cuestión, son recibidas el 17-5-03, destacando en las mismas el Auto de 27-8-01 de dicho Juzgado acordando la incoación y subsiguiente archivo, por no haber presentado el perjudicado la preceptiva denuncia, así como el atestado levantado el día del accidente (13-8-01) por la Guardia Civil de Tráfico, del que se destaca lo siguiente:

“Para determinar las causas que motivaron el presente accidente de circulación se tienen en cuenta los siguientes factores:

No se tiene conocimiento de la existencia de ningún otro vehículo que se pueda hallar implicado en el presente accidente de circulación.

La vía se halla configurada por un tramo ligeramente curvo a la derecha, hallándose el firme en mal estado de conservación y rodadura, si bien junto al centro de la línea de delimitación de carriles, sobre el carril sentido Sucina, se observa una elevación del firme, el cual constituye un obstáculo para los vehículos, en especial los de dos ruedas.

Por todo lo expuesto anteriormente, es PARECER de la fuerza instructora que el accidente de circulación que nos ocupa tuvo como

...CAUSA EFICIENTE...

...el mal estado de la calzada, el que presenta una elevación del firme, posiblemente debido a las raíces del arbolado, constituyendo un obstáculo apenas perceptible para el conductor del ciclomotor Gilera Runner, el cual al circular sobre la referida elevación, motivó que perdiera el control del vehículo.-

SEXTO.- Requerido al representante del reclamante que acreditase en Derecho su representación, copia del permiso de circulación del vehículo y de la póliza del seguro obligatorio del mismo, con recibo del pago de la prima correspondiente a la fecha del accidente, e indicación de la cuenta bancaria donde proceder el abono, en su caso, de la indemnización, dicho representante cumplimentó lo requerido mediante escrito presentado el 2-7-04.

SÉPTIMO.- Solicitado a la Guardia Civil un informe complementario del atestado, relativo a si el conductor llevaba casco en el momento del accidente y si el estado de la carretera era suficiente para producir los daños sufridos, o si pudo concurrir alguna otra causa en ello, fue emitido el 5-11-04, en el que se indica que los agentes presentes en el lugar de los hechos llegaron cuando el accidentado ya había sido trasladado al Hospital, personándose en el mismo y no pudiendo tomarle declaración al encontrarse grave.

OCTAVO.- El 19-10-04 la instructora requiere al representante del reclamante para que acredite que la póliza de su seguro obligatorio estaba en vigor en la fecha del accidente, pues ello no se acredita con la documentación aportada, en cuanto la póliza y el recibo de pago de la prima tienen fecha de vencimiento anterior al accidente. El 25-11-04 aquél contesta que los aportados son los únicos documentos disponibles, y que si el seguro dejó de estar en vigor fue por causas únicamente imputables a la compañía de seguros, que no comunicó a su representado la baja ni su intención de no prorrogar el contrato de seguro.

NOVENO.- Otorgado al reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 11-4-04 presentó alegaciones, ratificándose en sus escritos anteriores, señalando que los informes de parte elaborados por la Administración no pueden desvirtuar la atinada e imparcial apreciación de la Guardia Civil.

DÉCIMO.- El 18-9-06 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que la causa del accidente fue el exceso de velocidad, pues de mantener la velocidad máxima permitida (50 Km./hora), no se hubiera producido, refiriéndose en este punto a lo informado por la Dirección General de Carreteras.

ÚNDECIMO.- Mediante escrito registrado el 25-9-06, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al sufrir los daños personales y ser el titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo en materia de procedimiento.

No obstante lo anterior, se advierte que la instrucción ha insistido en la acreditación de que el reclamante tuviera en vigor su póliza del seguro obligatorio de circulación de vehículos a motor, cuando lo cierto es que tal circunstancia no resulta relevante, por sí misma, para incidir en el proceso causal de producción del daño (aparte su calificación como infracción administrativa). Cuestión distinta es que el instructor pueda requerir dicho dato para, en caso de constar que al reclamante se le hubiera retirado la cobertura por una determinada compañía aseguradora, pudiera dirigirse a la misma en solicitud de antecedentes que pudieran ser tenidos en cuenta a la hora de resolver, lo que aquí no consta que se hiciera.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama. Concurrencia de responsabilidades.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación de que se trata imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado la elevación de la calzada a que se refiere el atestado, pues le corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima el reclamante que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera como una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso a la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme al parámetro o nivel de que en cada caso se trate, la cuestión no estribará en si la Administración tiene o no culpa, sino, desde el punto de vista de la relación de causalidad, en que la actividad o inactividad administrativa no ha sido causante del daño, en cuanto no podrá decirse que haya existido

una omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no hay omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable).

II. Aplicando lo anterior el caso que nos ocupa, se advierte, por una parte, que en el atestado de la Guardia Civil se apunta como causa del accidente el estado de la calzada, en concreto una elevación del firme, posiblemente debido a las raíces del arbolado colindante, elevación que constituye un obstáculo apenas perceptible para el conductor y que motivó que, al pasar por la misma, perdiese el control del vehículo, lo que determina la existencia de responsabilidad administrativa, pues no consta que hubiese señalización al respecto.

No obstante lo anterior, el hecho, también cierto, de que esa elevación del firme fuese ligera y que existiese en otros tramos de la vía (así lo indica el informe de la Dirección General de Carreteras y no lo niega el reclamante), lleva a la convicción de que la conducta del conductor, bien por circular a una velocidad superior a la máxima permitida para su ciclomotor (50 Km./hora), bien por no llevar el casco obligatorio, bien en todo caso por no adecuar su conducción a las circunstancias de la vía (con la característica generalizada de las indicadas elevaciones de su firme), ha de considerarse también como causante de los daños producidos, en forma de agravación de los mismos, pues no de otra forma pueden explicarse las graves lesiones sufridas por el conductor, si resulta que el obstáculo era tan ligero y hubiese circulado a una velocidad máxima de 50 km./hora, teniendo en cuenta, además, las favorables condiciones de circulación que indica el atestado (tramo sustancialmente recto, buena visibilidad, hora diurna, etc.). En este sentido, resulta explicable que los agentes actuantes cifrasen exclusivamente la causa del accidente en el obstáculo que advirtieron en la calzada, pues desconocían la naturaleza y la entidad de las lesiones sufridas por el accidentado, dato éste que resulta especialmente relevante para sostener que, al menos, los daños se vieron agravados por un presumible exceso de velocidad, por distracción, falta del casco protector o, en definitiva, por no adecuar la conducción a las características de la vía.

Debe señalarse en este punto que la jurisprudencia revela que, aun cuando en el atestado no se haga referencia a la conducta del accidentado como posible concausa del siniestro, ello no impide que así se aprecie cuando sea posible su razonable deducción a la vista de la totalidad de las circunstancias concurrentes. En este sentido, resulta ilustrativa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7-12-05, que expresa lo siguiente:

“Ello no obstante, debemos tener en cuenta las concretas circunstancias en que se produjo el accidente. Así, se trata de una caída con el ciclomotor sin intervención de otro vehículo; lógicamente, la presencia de gravilla en la calzada coadyuvó a la causación del resultado lesivo, pero no debemos olvidar que el demandante, como conductor del ciclomotor, debía circular con la diligencia y precaución necesarias para evitar daños propios o ajenos y en condiciones de controlar su vehículo. En el presente caso, no se nos describe ninguna circunstancia extraordinaria (por ejemplo, necesidad de frenar o de esquivar un vehículo) que permita deducir que la arena y gravilla de la calzada fue la única causa de la pérdida del control sobre el vehículo; por su parte, consta en el atestado que la visibilidad era buena, la circulación fluida, que había luz solar y buenas condiciones climatológicas, no habiéndose producido otros accidentes en este punto.”

Por estos motivos, entendemos que si bien la presencia de arena y gravilla coadyuvó a producir el resultado lesivo, también concurrió a su causación una falta de diligencia por parte del conductor del ciclomotor, siendo de apreciar una concurrencia de culpas, que nos llevan a moderar en un 60 por ciento el importe de la indemnización, fijándola en un 40% de los daños y perjuicios sufridos, atendidas las circunstancias concurrentes antes expuestas”.

De todo lo dicho se concluye que las circunstancias que anteriormente se han señalado como razonables concausas en la agravación de los daños por los que se reclama, imputables al interesado, obligan a moderar el importe de la indemnización en la proporción equivalente a su relevancia en la producción de dichos daños. Al no poder determinar de otro modo la relevancia de las causas imputables a la Administración y al reclamante, debe asignarse a cada una de ellas la misma influencia (en este sentido, Dictámenes 23 y 57/03 y 8/07, entre otros, emitidos en supuestos análogos al presente), traducándose ello en una minoración del 50% del importe de la indemnización que en otro caso hubiera de reconocerse.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y partiendo de la aplicación del sistema indemnizatorio que rige en materia de circulación de vehículos a motor (Anexo de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, actualizado para el año 2001 por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 30-1-01, BOE de 2-3-01), resulta lo siguiente:

1.-Respecto a las secuelas indicadas en el informe clínico de 11-2-02, reseñado en el Antecedente primero:

– Disminución de memoria para hechos recientes. Según el citado Anexo, Tabla VI, Capítulo I (“cabeza”), se debe incluir en el apartado de “*síndrome postconmocional (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter, de la libido)*”, que le asigna una puntuación de entre 5 y 15 puntos. Al no constar informe médico que indique otra cosa, ha de aplicarse el mínimo (5 puntos).

– Perjuicio estético importante. Debe incluirse en el Capítulo especial dedicado a este respecto vigente en 2001, que contempla entre 11 y 14 puntos. Por las mismas razones indicadas, ha de aplicarse el mínimo (11 puntos).

Así, $16 (5+11) \text{ puntos} \times 982'99 \text{ euros} = 15.727'84 \text{ euros}$.

Debe señalarse que no es de aplicación el factor de corrección de hasta el 10 % previsto en la Tabla IV del citado Anexo porque, aun cuando el reclamante estaba en edad laboral en la fecha del accidente, su ocupación era la escolar, y los daños en su evolución académica son objeto de indemnización específica (vid. apartado n.º 3 siguiente)

2. Días de incapacidad temporal. 150, desglosados como sigue:

– 43 días de estancia hospitalaria (desde el 13-8-01 al 25-9-01, según el informe de alta aportado por el reclamante):

$43 \times 51'45 \text{ euros} = 2.212'35 \text{ euros}$.

– 107 días de incapacidad temporal impeditiva para su ocupación escolar habitual (tiempo que tardó en alcanzar la curación de la cefalea y la diplopia causada por el accidente,

según el reseñado informe de 11-6-02, una vez restados del total de 150 los 43 días de estancia hospitalaria, valorados independientemente):

107 x 41'81 euros = 4.473'67 euros.

3. Daños por los perjuicios sufridos en la evolución escolar y resultados académicos a causa de los días de incapacidad y secuelas.

El examen de las calificaciones académicas aportadas por el reclamante, reseñadas en el Antecedente Primero, ponen de manifiesto que en el año académico subsiguiente al accidente (curso 2001/2002), el alumno sólo *“ha asistido esporádicamente”* a las clases *“a causa de un grave accidente”*, apreciándose un notable descenso en sus calificaciones (nota media de 1, frente a 6 del curso anterior). En el difícil trance de cuantificar dicho daño, se estima prudente fijar la cantidad de 3.000 euros, como para un caso análogo (incorporación tardía de un alumno a su curso) establecimos en nuestro Dictamen 210/03, cantidad que se corresponde con el 50% de la que usualmente fija la jurisprudencia para indemnizar el daño moral inherente a la zozobra personal derivada del tardío reconocimiento de una circunstancia de especial trascendencia psíquica para el afectado o sus familiares. No consta, por otra parte, que la citada secuela le haya ocasionado mayores daños en su posterior evolución escolar, como podría haber acreditado el reclamante, y para la que, dada la singularidad de la dolencia, debería haber aportado algún informe médico actualizado y específico que acreditase que las secuelas alegadas siguen produciéndole perjuicios en este aspecto.

4. Daños materiales. Los consignados en la factura de reparación del ciclomotor: 542'78 euros.

La suma de las anteriores cantidades asciende a 25.956'64 euros, que, minorada en un 50% según lo expresado en la Consideración anterior, da lugar a la cifra de 12.978'32 euros; indemnización resultante que deberá ser actualizada conforme con el criterio establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, concurriendo con dicha responsabilidad administrativa la propia conducta del reclamante y, por tanto, su corresponsabilidad en la producción de dichos daños, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización que procede reconocer debe atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- Por lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 20/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. P. P., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 07/02/07

Extracto de Doctrina

Los hechos se produjeron en el transcurso de una actividad que, en sí misma, no puede calificarse de peligrosa y que, en la práctica, es incontrolable, pues para hacerlo sería necesario adoptar medidas que significarían, de facto, la prohibición de la actividad de recreo, si n que la diligencia exigible a los servidores públicos incluya un cuidado total sobre las personas que se encuentren en el servicio y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictámenes números 289/1994 del Consejo de Estado y 86/2001 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director del Centro de Educación Infantil y Primaria “Escultor González Moreno” de Aljucer (Murcia), envía a la Consejería de Educación y Cultura reclamación suscrita por D J. M. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad y alumna de dicho centro escolar, M. P. P., en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), por los daños sufridos por la menor como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 8 de junio de 2006, cuando estando en el recreo saltando la comba ésta se le enredó en el pie y cayó al suelo contra el que se golpeó, fracturándose un diente. Acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) factura de una clínica dental por importe de 135 euros; b) informe de la misma clínica; c) fotocopia compulsada del Libro de Familia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura de fecha 9 de octubre de 2006, aquélla solicitó el preceptivo informe del centro, que fue remitido por su Director el día 19 de octubre, con el siguiente contenido:

“La niña M. P. P., nacida el 10/05/1998, es alumna de este Centro desde el inicio de su escolarización en Infantil hasta la fecha. Durante el Curso Escolar 2005/2006 cursó las enseñanzas correspondientes al 2º Curso de Educación Primaria.

El pasado día 8 de junio del presente año, sobre las 11:15 horas, en el patio del Colegio y en tiempo de recreo, M. estaba saltando la comba, se le enredó la cuerda en los pies, perdió el equilibrio y cayó al suelo dándose un golpe en la cara y boca, con leves rasguños y “rotura de un incisivo superior –paleta–.”

Ningún maestro fue testigo de la caída; solamente del daño sufrido. Sí estaban presentes algunos compañeros de clase; con quienes estaba jugando (J., C., J. M. M.,...).

De tal accidente se dio parte a la madre de la niña con la mayor urgencia que fue posible, conservando el trozo roto de la paleta. Sabemos que la niña fue llevada inmediatamente al dentista”.

TERCERO.- La instructora notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por la alumna y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 11 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal de la menor, circunstancia que, respecto del reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrió el accidente.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

1) Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos suceden como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, de tal modo que la producción de un accidente dentro del centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración educativa.

Así las cosas, resulta preciso, tal como ha señalado el Consejo de Estado, entre muchos otros, en su Dictamen número 3.582/2001, analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

Centrándonos en el asunto que se dictamina, hay que comenzar señalando que los daños objeto de reclamación son efectivos, individualizados y susceptibles de evaluación económica, de manera que cumplen las exigencias del artículo 139.2 LPAC.

En lo que respecta a la posible incardinación del hecho lesivo en el marco de la actividad administrativa, también ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado en relación con daños producidos en supuestos de tropiezos o caídas considerando que en estos supuestos, cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo como defecto en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 2.099/2000). A este respecto, no se ha probado por el reclamante que los hechos se produjeran por una falta de vigilancia de los profesores o una inadecuada ubicación o estado de las instalaciones, ya que, según se desprende del informe del Director, la caída se produjo accidentalmente, sin que interviniese ningún otro factor coadyuvante. Además, los hechos se produjeron en el transcurso de una actividad que, en sí misma, no puede calificarse de peligrosa y que, en la práctica, es incontrolable, pues para hacerlo sería necesario adoptar medidas que significarían, de facto, la prohibición de la actividad de recreo, sin que la diligencia exigible a los servidores públicos incluya un cuidado total sobre las personas que se encuentren en el servicio y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él

(Dictámenes números 289/1994 del Consejo de Estado y 86/2001 del Consejo Jurídico).

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concorra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, a partir del relato del director del centro, se pone de manifiesto que la caída se produce accidentalmente al enredarse la alumna con la cuerda con la que estaba saltando, lo que no permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

2) La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, no agota, a juicio del Consejo Jurídico, el total de cuestiones que ofrece el expediente tramitado, ya que del ordenamiento podrían derivarse otros aspectos relevantes, dignos de consideración, cuestiones éstas muy frecuentemente reiteradas en Dictámenes anteriores como consecuencia de consultas procedentes de la misma Consejería sobre asuntos sustancialmente semejantes al presente, a cuyas Consideraciones nos remitimos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 21/07.- Anteproyecto de Ley de Cooperación Internacional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas (2003)

Fecha: 12/02/07

Extracto de Doctrina

1. La autonomía financiera (a la que se refiere el mencionado artículo 20 de la Ley 23/1998) de la que, obviamente, goza nuestra Comunidad Autónoma, daría cobertura a la proyección económica de la cooperación internacional para el desarrollo, pero sin olvidar que, tal como tiene sentado el Tribunal Constitucional (TC) en su doctrina, el ejercicio de tal potestad ha de acomodarse al orden constitucional de competencias.

2. La habilitación que se contiene en el artículo 12.3 del EA para ejecutar tratados o actos normativos procedentes de Organizaciones internacionales, puede exigir en algunos casos que la Comunidad Autónoma despliegue una actividad normativa (legal o reglamen-

taria), pero dicha posibilidad se vería constreñida por la necesidad de respetar el reparto interno de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

3. Que la cooperación al desarrollo internacional se encuentra entre los intereses autonómicos es indudable, porque a través de las actuaciones y mecanismos que en el Anteproyecto se prevén, la sociedad y las instituciones murcianas encontrarán el cauce adecuado para materializar su solidaridad con los países del Tercer Mundo, aunque en el ámbito de las directrices de coordinación marcadas por el Estado, titular de la competencia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según consta en el expediente, en el mes de abril del año 2005, el Presidente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia mantuvo una reunión con representantes de la Coordinadora de Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo de la Región de Murcia (en lo sucesivo, la Coordinadora), y acordaron la elaboración de una ley regional de Cooperación al Desarrollo. Para llevar adelante este acuerdo se constituyó un grupo técnico de trabajo compuesto por representantes de la Coordinadora y técnicos de la Secretaría de Acción Exterior y Relaciones con la Unión Europea (SAERUE), órgano directivo integrado en la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas, Departamento competente para la elaboración del Anteproyecto a tenor de lo establecido en el artículo 46.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, (en adelante, Ley 6/2004), en relación con el artículo 1 del Decreto 53/2005, de 13 de mayo, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas.

El objetivo general del Anteproyecto es, según reza su Exposición de Motivos, establecer y regular el régimen jurídico de la cooperación internacional para el desarrollo que realice la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La norma pretende que dicha cooperación contribuya a erradicar, en los países en vía de desarrollo, la pobreza en todas sus manifestaciones y las causas que la producen; contribuya a promover un desarrollo humano integral en esos países; y que ese doble objetivo se consiga de forma participativa, coherente con el resto de políticas y actuaciones de la Comunidad y coordinada con los diferentes actores que participan en dicha política.

SEGUNDO.- Junto con el borrador de la Ley constan las siguientes actuaciones:

- a) Consultas efectuadas sobre el texto a las siguientes entidades:
- Coordinadora.
 - Secretarías Generales de todas las Consejerías.
 - Dirección General de Presupuestos y Finanzas.
 - Dirección General de Función Pública.
 - Federación de Municipios de la Región de Murcia.
 - Ayuntamientos de Murcia, Cartagena, Lorca, Cieza, Totana y Molina de Segura.
 - Universidad de Murcia.
 - Instituto de Cooperación al Desarrollo de la Universidad de Murcia.
 - Universidad Politécnica de Cartagena.
 - Universidad Católica de San Antonio.
 - Confederación Regional de Organizaciones Empresariales.
 - Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, Cartagena y Lorca.

- Comisiones Obreras (CCOO).
- Confederación de Sindicatos Independientes de Funcionarios (CSIF).
- Convergencia Electoral de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios (CEMSAT-SE).
- Unión General de Trabajadores (UGT).
- Unión Sindical Obrera (USO).

b) Informe sobre las propuestas presentadas por alguna de estas entidades, distinguiendo entre las aceptadas y las rechazadas, indicando, en este último supuesto, las razones que motivaban su no inclusión.

- c) Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas.
- d) Informe de la Dirección General de la Función Pública.
- e) Informe sobre la propuesta del Anteproyecto.
- f) Informe de impacto por razón de género.
- g) Informe de necesidad y oportunidad del texto.
- h) Informe económico.

TERCERO.- El texto resultante de la incorporación de las sugerencias que se consideraron adecuadas, tras ser informado favorablemente por la Comisión de Secretarios, fue enviado al Consejo de Gobierno que tomó conocimiento de él el 8 de junio de 2006, acordando se recabaran los siguientes informes:

a) De la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia, que deberá referirse necesariamente a la corrección del procedimiento seguido, valoración jurídica de las alegaciones presentadas, así como a las disposiciones legales derogadas por el Anteproyecto, total o parcialmente.

- b) Del Consejo Asesor Regional para la Cooperación y la Solidaridad.
- c) Del Consejo de Cooperación Local.
- d) Del Consejo Regional de la Función Pública.
- e) Del Consejo Económico y Social.
- f) Del Consejo Jurídico.

El texto fue informado favorablemente por el Consejo Regional de la Función Pública en sesión celebrada el día 1 de septiembre de 2006. Asimismo, el Consejo de Cooperación Local, reunido en sesión celebrada el 17 de octubre de 2006, emitió su informe favorable.

El Consejo Asesor Regional para la Cooperación y la Solidaridad, en sesión del día 13 de julio de 2006, no informó favorablemente el texto (cinco votos a favor, seis en contra y una abstención), pues, aunque el Órgano Asesor consideró la calidad del texto en su conjunto, no hubo acuerdo sobre el contenido del artículo 31, estimando la mayoría que en este precepto debería incorporarse un calendario que comprometiese a la Administración Regional a destinar, en un plazo determinado, el 0,7% del presupuesto regional a la cooperación al desarrollo.

CUARTO.- El Consejo Económico y Social (CES) evacuó su Dictamen el 21 de septiembre de 2006, en el que, tras analizar el contenido del Anteproyecto, concluye poniendo

de manifiesto la valoración positiva que a dicho Órgano Consultivo le merece por varias y destacadas circunstancias, entre ellas: porque pone de manifiesto el compromiso y la solidaridad de la Región de Murcia con las personas y las sociedades empobrecidas; porque resalta el importante papel que la sociedad civil desempeña en materia de cooperación; porque otorga una gran relevancia al principio de planificación de las actuaciones que deben llevarse a cabo para el desenvolvimiento de la cooperación; porque incluye el codesarrollo entre los instrumentos a través de los cuales se lleva a cabo la política regional de cooperación; porque ofrece una respuesta adecuada, desde el punto de vista procedimental, a las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad que las actuaciones en materia de cooperación internacional requieren; y porque materializa un compromiso de la Administración Regional que va más allá de la financiación, promoviendo la participación de su personal en los programas y proyectos de cooperación.

Ello no obstante, el CES considera que el compromiso contenido en el artículo 31.2 del texto es excesivamente débil tras casi doce años desde que la Asamblea Regional plantease la cifra emblemática del 0'7% de acuerdo con las recomendaciones internacionales, por lo que estima que se debería haber incluido un plazo máximo para alcanzar dicha cuantía, así como metas y plazos parciales que garantizaran un acercamiento progresivo a la misma.

QUINTO.- La única tacha que, finalmente, ha merecido el Anteproyecto se ha centrado en la misma cuestión, a saber, la falta de concreción de plazos y cuantías para alcanzar el porcentaje del 0'7% de los ingresos propios del Presupuesto de la Comunidad. En este sentido, aparece incorporada al expediente una comunicación de la SAERUE dirigida a la Dirección General de Presupuestos y Finanzas proponiendo una redacción alternativa del artículo 31.2, acompañada de una previsión que permitiese alcanzar el repetido porcentaje en el año 2013. No hay constancia de contestación alguna a dicha propuesta.

SEXTO.- El texto definitivo que se somete a este Consejo Jurídico, consta de una Exposición de Motivos, que desarrolla ampliamente los objetivos que la futura Ley pretende; señala los antecedentes de la actuación regional en materia de cooperación al desarrollo e indica como preceptos normativos que darían cobertura a la actividad legislativa emprendida los siguientes:

- El Preámbulo de la Constitución Española de 1978, en el que la Nación española proclama su voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra; y en la solidaridad de nuestra sociedad civil y nuestras instituciones con otros pueblos y países más desfavorecidos.
- El Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, tanto en su Preámbulo al señalar que *“el pueblo de la Región de Murcia proclama como valores superiores de su vida colectiva la libertad, la justicia y la igualdad”*, como en su artículo 12.3 al establecer que *“corresponde también a la Región la ejecución, dentro de su territorio, de los tratados internacionales en lo que afecte a materia de su competencia”*.
- El artículo 20 de la Ley Estatal 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo (en lo sucesivo, Ley 23/1998), en tanto que *“reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de cooperación internacional para el desarrollo, competencia que se fundamenta en la autonomía presupuestaria y autorresponsabilidad en el desarrollo y ejecución de esta política por parte de las Comunidades Autónomas, y en el respeto al marco establecido por la propia Ley”*.

En su último apartado la Exposición de Motivos resume la estructura del Anteproyecto: seis Capítulos que comprenden 49 artículos, dos Disposiciones Adicionales, una transitoria, una derogatoria y cuatro finales.

El Capítulo I se denomina “La política de cooperación internacional para el desarrollo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, abarca los artículos 1 a 8, y regula el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, los principios rectores de la política regional de cooperación internacional para el desarrollo así como los principios ordenadores de la gestión y ejecución de la misma, y los objetivos, prioridades geográficas y sectoriales.

El Capítulo II, que se intitula “Planificación, instrumentos, modalidades, coordinación y evaluación de la política regional de cooperación internacional para el desarrollo”, establece en los artículos 9 a 20, los mecanismos de planificación y coordinación, así como los instrumentos, modalidades, articulación y sistema de seguimiento, control y evaluación de la política de cooperación internacional para el desarrollo realizada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El Capítulo III, bajo la denominación “Órganos competentes en la formulación y ejecución de la política de cooperación internacional para el desarrollo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, determina, en los artículos 21 a 30, cuales son, incluyendo una Sección específica (la cuarta) sobre los órganos consultivos y de coordinación.

El Capítulo IV se llama “Recursos materiales de la política de cooperación internacional para el desarrollo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, y regula en los artículos 31 a 36 dichos recursos.

El Capítulo V, bajo la rúbrica “Recursos humanos de la cooperación internacional para el desarrollo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, aborda, en los artículos 37 a 39, la regulación de aquéllos.

El Capítulo VI, titulado “La participación de la sociedad de la Región de Murcia en la Cooperación internacional para el desarrollo”, se refiere a ello en los artículos 40 a 49, regulando ampliamente la cooperación no gubernamental, las figuras de los cooperantes y los voluntarios, y el fomento de la participación social.

La Disposición Adicional Primera establece que el Consejo de Gobierno, previa propuesta del Consejero competente en materia de cooperación internacional para el desarrollo, podrá proponer la creación de un ente u organismo público específico para la gestión de la cooperación internacional para el desarrollo.

La Disposición Adicional Segunda ordena la aplicación del régimen fiscal previsto en los artículos 35 y 36 de la Ley 23/1998 a las aportaciones efectuadas por personas físicas o jurídicas a ONGD, así como la realización de programas o proyectos de cooperación internacional para el desarrollo. Asimismo prevé que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el marco de la normativa estatal y mediante norma con rango de ley, podrá establecer y regular incentivos fiscales que favorezcan la participación privada en programas o proyectos de cooperación internacional para el desarrollo.

La Disposición Transitoria Única determina que hasta tanto no se produzca la regulación del Consejo Regional de Cooperación Internacional para el Desarrollo, su composición y funcionamiento se regirá por lo establecido en su normativa actual.

La Disposición Derogatoria Única procede a la derogación genérica de las disposiciones de igual o inferior rango incompatibles con la regulación de la Ley que se pretende aprobar, y expresamente se deroga la Disposición Adicional Primera de la Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado de la Región de Murcia.

La Disposición Final Primera declara la aplicación supletoria de la Ley 23/1998.

La Disposición Final Segunda faculta al Consejo de Gobierno para el desarrollo reglamentario del texto legal.

La Disposición Final Tercera determina que el Consejo de Gobierno remitirá a la Asamblea Regional, en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de esta norma, el Anteproyecto del Plan Director de la Cooperación Internacional para el Desarrollo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La Disposición Final Cuarta establece la entrada en vigor de la norma en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

SÉPTIMO.- Elaborados el preceptivo índice de documentos y extracto de secretaría, la consulta fue formulada al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el 17 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Marco normativo y competencial.

El objeto del Anteproyecto es, según reza su artículo primero, establecer y regular el régimen jurídico de la cooperación para el desarrollo que realice la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La cooperación internacional para ese desarrollo es la expresión de la solidaridad entre los pueblos y tiene por finalidad general la erradicación de la pobreza, sus manifestaciones, y las causas que las producen, al igual que contribuir a promover un desarrollo humano integral. Así definida, la cooperación al desarrollo resulta ser una exigencia para hacer efectivos los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual descansa en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto sobre Derechos Económicos y Sociales. La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, adoptada por la totalidad de los miembros de la Asamblea General en 2000, ratificó su compromiso con los derechos humanos, las libertades y el respeto por la igualdad de derechos para todos sin distinción. Los derechos humanos son, se afirma en el Informe de Desarrollo Humano del año 2004, una norma indispensable del comportamiento internacional y centran su interés en proteger la integridad de los individuos contra las amenazas a su libertad e igualdad. El centro de atención en los derechos individuales confirma la importancia que otorga a la igualdad entre los individuos, para lo que es necesario eliminar todas las formas de discriminación (racial, cultural, de género, etc.). De

estos y otros muchos textos jurídicos internacionales relativos a los derechos humanos, se derivan compromisos por parte de todas las Administraciones públicas para promover una cooperación internacional que, removiendo los obstáculos que la pobreza y sus secuelas suponen para ello, contribuya a alcanzar en los países en vía de desarrollo las condiciones básicas necesarias para lograr la efectividad de dichas declaraciones, dando así cumplimiento al mandato que se recoge en los artículos 1 y 22 de la citada Declaración Universal de Derechos Humanos que proclaman, por un lado, el deber de todos los ciudadanos de comportarse fraternalmente los unos con los otros y, por otro, el derecho de toda persona a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

En las políticas de cooperación internacional al desarrollo inciden, en el ámbito de la Unión Europea y en el campo de la cooperación descentralizada, normas comunitarias, nacionales y autonómicas. De entre las primeras cabe destacar el Título XX del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, más concretamente, su artículo 177 que proclama la complementariedad de las políticas que, en materia de cooperación al desarrollo, despliega la Comunidad respecto de las que lleven a cabo los Estados miembros, al tiempo que proclama la subordinación de las políticas, tanto Comunitarias como de los Estados miembros, a los compromisos y objetivos acordados en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales competentes.

Ya en el ámbito de la normativa estatal hay que reseñar, en primer lugar, el Preámbulo de la Constitución Española (CE) en el que se proclama la voluntad del pueblo español de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre los pueblos de la tierra. En segundo lugar se ha de señalar la Ley 23/1998, cuyo artículo 20 establece lo siguiente:

“1. La cooperación para el desarrollo que se realice desde las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, expresión solidaria de sus respectivas sociedades, se inspira en los principios objetivos y prioridades establecidas en la sección 2ª del capítulo I de la presente Ley.

2. La acción de dichas entidades en la cooperación para el desarrollo se basa en los principios de autonomía presupuestaria y autorresponsabilidad en su desarrollo y ejecución, debiendo respetar las líneas generales y directrices básicas establecidas por el Congreso de los Diputados a que se refiere el artículo 15.1 de la presente Ley y el principio de colaboración entre Administraciones públicas en cuanto al acceso y participación de la información y máximo aprovechamiento de los recursos públicos”.

En este sentido, se puede afirmar que la Ley estatal, al tiempo que establece unas normas comunes que han de inspirar las políticas de cooperación al desarrollo, sienta las bases de la acción que, en esta materia, se realice desde las distintas Administraciones públicas del territorio español.

De las diecisiete Comunidades Autónomas doce han promulgado su Ley de Cooperación: Ley 4/2006, de 5 de mayo del Principado de Asturias; Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Aragón; Ley 14/2003, de 22 de diciembre, de Andalucía; Ley 9/2005, de 21 junio, de las Islas Baleares; Ley 3/2003, de 13 de febrero, de Castilla-La Mancha; Ley 9/2006, de 10 de octubre, de Castilla-León; Ley 26/2001, de 31 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña; Ley 1/2003, de 27 de febrero, de Extremadura; Ley 3/2003, de 19 de junio, de

la Junta de Galicia; Ley 4/2002, de 1 de julio, de La Rioja; Ley 13/1999, de 29 de abril, de la Comunidad de Madrid; y Ley Foral 5/2001, de 9 de marzo, de Navarra. A pesar de esta prolífica actividad legislativa no es posible encontrar una referencia clara a los posibles títulos competenciales que amparen la actividad normativa desplegada. En la Exposición de motivos de la casi totalidad de las mencionadas Leyes se hace referencia al Preámbulo de la CE, a la Ley 23/1998 y a los principios de autonomía presupuestaria y autorresponsabilidad en el desarrollo y ejecución de las políticas de cooperación al desarrollo. Tan sólo en la Ley de Castilla y León se contiene una mención a la específica competencia, que, sobre asistencia social y desarrollo comunitario, le viene atribuida con carácter exclusivo en el artículo 32.1.19ª de su Estatuto de Autonomía.

En el ámbito de las previsiones estatutarias cabe señalar que los Estatutos de Autonomía para Cataluña y Valencia, recientemente aprobados, prevén competencias para estas Comunidades Autónomas en materia de cooperación internacional al desarrollo, en los siguientes términos: El artículo 197.3 del Estatuto Catalán establece que *“la Generalitat debe promover programas de cooperación al desarrollo”*; en tanto que el artículo 62.3 del Estatuto Valenciano afirma que *“los poderes públicos valencianos velarán por fomentar la paz, la solidaridad, la tolerancia, el respeto a los derechos humanos y la cooperación al desarrollo con el fin último de erradicar la pobreza. Para lograr este objetivo, establecerá programas y acuerdos con los agentes sociales de la cooperación y las instituciones públicas y privadas para garantizar la efectividad y eficacia de estas políticas en la Comunitat Valenciana y en el exterior”*. Asimismo el texto correspondiente a la Proposición de reforma del Estatuto de la Junta de Andalucía, aprobado por el Parlamento de dicha Comunidad Autónoma, y publicado en el BOPA núm. 430, dedica un capítulo, el V del Título IX, a la cooperación al desarrollo, a regular las políticas que en esta materia puede desplegar la Junta de Andalucía.

Por su parte el Anteproyecto objeto del presente Dictamen señala, en el apartado 3 de su Exposición de Motivos, como fundamentación para la elaboración y aprobación de la Ley, lo siguiente:

- Preámbulo de la CE, en el que la Nación española proclama su voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.
- Artículo 20 de la Ley 23/1998 que, se afirma, “reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de cooperación internacional para el desarrollo, competencia que se fundamenta en la autonomía presupuestaria y autorresponsabilidad en el desarrollo y ejecución de esta política por parte de las Comunidades Autónomas, y en el respeto al marco establecido por la propia Ley”.
- Preámbulo del Estatuto de Autonomía (EA) en el que se señala que “el pueblo de la Región de Murcia proclama como valores superiores de su vida colectiva la libertad, la justicia y la igualdad”.
- Artículo 12.3 EA en el que se establece que “corresponde también a la Región la ejecución, dentro de su territorio, de los tratados internacionales y de los actos normativos de las organizaciones internacionales en lo que afecte a materia de su competencia”. Precepto que, según la Exposición de Motivos, ampararía la promulgación de la Ley de Cooperación, porque en ese texto legal se recogen y se aplican los principios y criterios establecidos en una serie de normas y directrices

de organismos internacionales tales como la ONU, el Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD) y la Unión Europea.

Analizaremos, a continuación, todos y cada uno de estos fundamentos, prestando especial atención a aquellos aspectos que, de algún modo, pueden contribuir a configurar una competencia autonómica en materia de cooperación al desarrollo.

La ley estatal de Cooperación al Desarrollo Internacional supone el reconocimiento de una realidad que cada vez tiene un mayor volumen e impacto en las políticas de cooperación; nos referimos, obviamente, a la llamada cooperación descentralizada, es decir, a la que despliegan las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales con el fin de luchar contra la pobreza en los países en vía de desarrollo. Sin embargo, tal referencia no puede entenderse, en ningún caso, como título habilitante para la promulgación de la Ley regional sobre Cooperación, porque la Ley estatal en cuestión no forma parte del conjunto normativo integrante del llamado bloque de constitucionalidad, único capaz de atribuir competencias.

La autonomía financiera (a la que se refiere el mencionado artículo 20 de la Ley 23/1998) de la que, obviamente, goza nuestra Comunidad Autónoma, daría cobertura a la proyección económica de la cooperación internacional para el desarrollo, pero sin olvidar que, tal como tiene sentado el Tribunal Constitucional (TC) en su doctrina, el ejercicio de tal potestad ha de acomodarse al orden constitucional de competencias. Así ha señalado dicho Tribunal que, aunque la autonomía de las Comunidades implica la plena disposición de sus ingresos, “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas” (STC 201/1988, de 27 de octubre), “ello no supone que esa potestad de gasto permita a las Comunidades Autónomas financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan sólo aquellas sobre las que tengan competencias, pues la potestad de gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía” (STC 14/1989, de 26 de enero). Añade en Sentencia 95/2001, de 5 de abril, que “sin perjuicio, pues, de la discrecionalidad al fijar su destino y orientación, su cuantificación y distribución, la potestad de gasto autonómica -o estatal- no podrá aplicarse sino a actividades en relación con las que, por razón de la materia, se ostenten competencias”.

Por otro lado, la habilitación que se contiene en el artículo 12.3 del EA para ejecutar tratados o actos normativos procedentes de Organizaciones internacionales, puede exigir en algunos casos que la Comunidad Autónoma despliegue una actividad normativa (legal o reglamentaria), pero dicha posibilidad se vería constreñida por la necesidad de respetar el reparto interno de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. En la Sentencia 95/2001, de 5 de abril, antes mencionada, el TC afirma: “este Tribunal ha reconocido la competencia autonómica para adoptar las disposiciones necesarias en complemento del Derecho comunitario (...) y para ejecutar y aplicar en su ámbito territorial normativa comunitaria siempre que, *ratione materiae*, las CCAA ostenten esa competencia y no rebase la linde establecida por la normativa comunitaria y la estatal básica o de coordinación (...)”.

De lo anterior cabe deducir, con criterios estrictamente jurídicos, que si bien es cierto que la cooperación al desarrollo internacional no se encuentra entre las competencias que a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia le atribuyen *expressis verbis* el Estatuto y las demás leyes integrantes del bloque de la constitucionalidad, no parece que exista obstáculo para entender que, siempre que se respete la competencia exclusiva que el Estado tiene en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3ª CE), el Anteproyecto de Ley objeto de Dictamen puede encontrar respaldo en la autonomía política de que gozan las Comunida-

des Autónomas para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE) que, como señala el voto particular a la STC 25/1981, de 14 de julio, es mucho más amplia que la suma o serie de competencias asignadas en el correspondiente Estatuto y en la Constitución. Y que la cooperación al desarrollo internacional se encuentra entre los intereses autonómicos es indudable, porque a través de las actuaciones y mecanismos que en el Anteproyecto se prevén, la sociedad y las instituciones murcianas encontrarán el cauce adecuado para materializar su solidaridad con los países del Tercer Mundo, aunque en el ámbito de las directrices de coordinación marcadas por el Estado, titular de la competencia.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de elaboración del Anteproyecto.

El procedimiento seguido para la elaboración del Anteproyecto ha sido el previsto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, a cuyas prescripciones se ha acomodado en términos generales, ya que se inició mediante la elaboración del Anteproyecto por el centro directivo competente, al que se une una memoria que incluye la motivación técnica y jurídica, y se razona sobre su necesidad y oportunidad; consta el informe de impacto por razón de género y, finalmente, existe también un estudio económico del Anteproyecto, con referencia al coste y financiación. Posteriormente, se elevó el texto elaborado, acompañado de la documentación indicada, al Consejo de Gobierno.

El Anteproyecto se ha sometido a los informes preceptivos del Consejo Asesor Regional para la Cooperación y la Solidaridad; del Consejo Asesor de Cooperación Local; del Consejo Regional de la Función Pública y del Consejo Económico y Social.

Especial mención merecen los siguientes aspectos de la tramitación seguida. En primer lugar, cabe destacar la minuciosidad observada en la instrucción del procedimiento, al que se han incorporado antecedentes de todo tipo que han posibilitado una mayor comprensión de la problemática a la que se trata de dar respuesta con el texto que se pretende aprobar. Por otro lado, la Consejería consultante se ha mostrado exhaustiva en el análisis de todas las cuestiones planteadas por las entidades u órganos consultados, señalando las sugerencias que se atienden y explicando los motivos de rechazo de las que no se incorporan, debiendo por ello atribuirse al expediente la nota de integridad al incluirse debidamente documentadas todas las actuaciones realizadas.

Por otro lado, y en lo que al informe sobre el impacto de género se refiere, es de destacar que se ha cumplimentado el requisito establecido en la Ley 6/2004 superando la fórmula que, desgraciadamente, ya viene siendo habitual en los proyectos normativos tramitados por la Administración regional, consistente en una mera afirmación de ausencia de implicaciones sobre género.

En efecto, viene insistiendo este Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes números 73/2004 y 171/2006) en señalar que la forma de cumplir tal trámite debiera seguir lo establecido en la *“Guía para la evaluación del impacto en función del género”* elaborada por la Comisión de la Unión Europea, ya que limitarse a afirmar la inexistencia de efectos de tal carácter supone desnaturalizar el sentido y finalidad del trámite. Pues bien, el informe emitido por el Departamento proponente se ha ajustado, en términos generales, a los criterios que en dicha Guía se señalan para la evaluación del impacto en función del género: 1º) Se ha incorporado un estudio que evidencia la diferencia que existe en el ámbito de los países en vía de desarrollo entre los hombres y las mujeres, lo que demuestra que la dimensión de género es pertinente y que, por tanto, hay que evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres. 2º) Se ha valorado la incidencia que la norma, una vez

aprobada, puede tener sobre dicha diferencia. 3º) Buscando el objetivo de la igualdad de los sexos, se han incorporado medidas tendentes a paliar dicha diferencia.

CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Anteproyecto.

En relación con el contenido del Anteproyecto de Ley objeto del presente Dictamen, se han de formular las siguientes observaciones:

I. De carácter general.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 20.1 de la Ley 23/1998, las políticas relativas a la cooperación internacional al desarrollo que se desplieguen desde las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, han de respetar los principios, objetivos y prioridades que se contienen en la sección 2ª del Capítulo I de dicho texto legal.

Con el fin de salvaguardar esa exigencia, en el artículo 2.3 del Anteproyecto se indica que “Esta Ley se aplica respetando los principios, objetivos y prioridades de la política española que establece la Ley 23/1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo y sus posteriores desarrollo normativos”. Abstracción hecha de la redacción del precepto que sería susceptible de mejora, este Órgano Consultivo considera más adecuado que en los artículos destinados a recoger los principios, objetivos y prioridades de la cooperación internacional al desarrollo desplegada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se indicase expresamente que los contenidos en la Ley estatal inspirarán dichas políticas a las que, además, se aplicarán los que, con carácter específico se ha considerado pertinente establecer, cuidando, en todo caso, que ninguno de ellos vaya en contra o suponga el no cumplimiento de los recogidos con carácter general en la normativa estatal.

II. A la Exposición de Motivos.

Desde el texto del Estatuto de Autonomía no se puede hoy sostener la competencia de nuestra Comunidad Autónoma en cooperación internacional, pese a los esfuerzos realizados en la Exposición de Motivos. No obstante, a la vista de los textos de reforma de los Estatutos de otras Comunidades Autónomas, ya aprobados, sería oportuno que la Asamblea Regional tomara nota de esta posible competencia, en los términos limitados que se expresa en este Dictamen, para incorporarla en la prevista reforma estatutaria.

III. Al Título.

La expresión “Cooperación Internacional” del título debe completarse de modo que resulte claro que la cooperación internacional lo es para el desarrollo. Asimismo resultaría conveniente buscar una redacción del título que reflejara inequívocamente que, tal como se señala en el artículo 1, el objeto del Anteproyecto es regular la cooperación internacional para el desarrollo que realice la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

IV. Al articulado.

-Artículo 1.2.

En este apartado se establece qué se entiende por “política de cooperación internacional a los efectos de esta Ley”, señalando como tal al conjunto de actividades, iniciativas, capacidades y recursos que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia pone al servicio de los países en vía de desarrollo. Sería conveniente que, al igual que lo han hecho otras Comunidades Autónomas, se incluyera en este concepto las actuaciones de educación y sensibilización para el desarrollo reguladas en el artículo 14 del Anteproyecto.

–Artículo 6.2.

El artículo 1 de la Ley 23/1998 establece las prioridades de la política de cooperación internacional para el desarrollo del conjunto de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo, en el artículo 5 de dicho texto legal se señala que la definición de las prioridades geográficas y sectoriales de la política española de cooperación para el desarrollo se establecerán periódicamente en los Planes Directores Cuatrienales a los que se refiere el artículo 8. Convendría, pues, que en el precepto que nos ocupa se indicase que la definición y concreción de las prioridades geográficas y sectoriales de la cooperación al desarrollo autonómica se realizará por los Planes Directores Cuatrienales de acuerdo con las líneas generales y directrices básicas del Plan Director estatal vigente en cada momento.

–Artículo 8.

Tal como aparece redactado el apartado a) resulta que las prioridades relativas a los servicios sociales básicos que se recogen quedan configuradas como un catálogo taxativo. Convendría modificar la redacción del precepto de forma que permitiera ampliar, si ello fuese necesario, dichas prioridades, de igual o similar modo a como lo hace la Ley estatal, que en el apartado a) del artículo 7 establece como prioridad sectorial los servicios sociales básicos “*con especial incidencia en salud, saneamiento...*”.

Debería analizarse si el contenido de la letra l) responde a una prioridad sectorial en sentido estricto, y en el supuesto de que así sea, resultaría conveniente establecer una diferenciación dentro del precepto entre prioridades sectoriales en los países receptores y prioridades sectoriales en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

–Artículo 9.

Dentro del apartado 2 debería quedar claro que el Plan Director ha de respetar los objetivos y prioridades de la legislación y planificación estatal.

Dado el carácter cuatrienal del Plan Director resultaría conveniente replantearse si resulta adecuado establecer un informe de seguimiento anual.

Por otro lado, es aconsejable recoger en este artículo la preceptividad del informe del Consejo Asesor para la Cooperación al Desarrollo, tanto al Plan Director como a los Planes Anuales, con independencia de que esta circunstancia se explicita en sede del artículo 27, precepto destinado a regular las funciones de dicho órgano consultivo.

–Artículo 10.

En trámite de alegaciones el Director del Instituto Universitario de Cooperación al Desarrollo de la Universidad de Murcia sugirió la conveniencia de definir los términos programas, proyectos y acciones, a los que se hace referencia en el apartado 2 del artículo cuyo comentario nos ocupa. La propuesta fue rechazada por la SAERUE, argumentando para ello que consideraba más adecuado que dicha definición se llevase a cabo en los Planes Directores. El Consejo Jurídico considera válida esta opción, no obstante estima que por el redactor del Anteproyecto debería considerarse la posibilidad de completar el precepto con una disposición que efectuara una remisión en tal sentido.

–Artículo 13.

No resulta adecuada la referencia que se contiene en el apartado 1 al Proyecto Esfera (grupo constituido, al parecer, por ONG's, Cruz Roja y Media Luna Roja). La definición

de Ayuda Humanitaria debe fijarse, a los efectos de la ley en ciernes, del modo que el legislador considere más adecuado, y aunque para ello se base en la sugerida o formulada por entidades u organizaciones relacionadas con el mundo de cooperación al desarrollo, su cita no puede considerarse jurídicamente acertada.

-Artículo 17.

Se establecen en este precepto dos modalidades de cooperación: la bilateral y la multilateral. La posibilidad de que la Administración autonómica despliegue la primera de ellas viene reconocida en el artículo 14 de la Ley 23/1998, ya que al definirla afirma que es el conjunto de actividades de cooperación realizadas por “las Administraciones públicas directamente con el país receptor”.

No resulta, sin embargo, tan claro que las actuaciones que en esta materia puede desplegar la Comunidad Autónoma, en los terminos que se explicitan en la Consideración Segunda del presente Dictamen, amparen acciones de cooperación multilateral que implican transacciones con organizaciones cuyos miembros son Gobiernos.

-Artículo 18.

La cobertura que este artículo presta a la Administración autonómica para suscribir acuerdos, convenios o protocolos con entidades internacionales, ha de entenderse sin perjuicio de la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales que atribuye al Estado el artículo 149.1.3 CE, cuyo alcance ha sido concretado por el TC en varias sentencias, entre ellas la 165/1994, de 26 de mayo, al admitir las legítimas posibilidades de intervención de las Comunidades Autónomas, *“dado que éstas, para llevar a cabo las funciones encomendadas constitucional y estatutariamente, pueden realizar determinadas actividades, no ya fuera de su territorio, sino incluso fuera de los límites territoriales de España”*, pero esta posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección internacional *“debe entenderse limitada a aquellas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un ius contrahendi, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones internacionales o supranacionales”*.

-Artículo 20.

La especificidad que el apartado 4 intenta establecer en la justificación y control del gasto público destinado a la cooperación al desarrollo tiene límites. En primer lugar, en lo que se refiere al gasto directo, su régimen jurídico es el establecido por el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (en lo sucesivo, TRLHRM), y cualquier excepción tendría que establecerse mediante la modificación que se estimase precisa en los concretos preceptos de dicha norma. En segundo lugar, en lo que respecta a los fondos públicos que se inviertan a través de subvenciones a los agentes de cooperación, nos remitimos al comentario sobre el contenido del artículo 35, ayudas y subvenciones.

- Artículos 33 y 34.

Los artículos 33 y 34 se refieren, respectivamente, a los fondos de cooperación para el desarrollo y al fondo regional de ayuda de emergencia, manteniendo una regulación carente de la necesaria nitidez, ya puesta de manifiesto, desde su punto de vista, por el

informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas de 2 de febrero de 2006. La indefinición respecto a su naturaleza administrativa y presupuestaria deja huérfano de pautas al desarrollo reglamentario previsto y, por ello, debieran pronunciarse estos preceptos sobre el sentido orgánico o sólo presupuestario que pretende otorgar a ambas entidades. El fondo del artículo 34 parece caracterizarse como una partida presupuestaria específica, lo cual debiera señalarse, así como la sección presupuestaria en la que habría de ser ubicada, naturaleza, sin embargo, con la que mal cuadra la afirmación del párrafo 3 de que se dotará de los medios e instrumentos administrativos necesarios, porque ubicado en una sección presupuestaria determinada su administración se realizaría con arreglo a las normas competenciales del TRLHRM.

La redacción del artículo 33 es algo más confusa, puesto que la intermunicipalidad a la que alude impide considerar al fondo exclusivamente como una partida presupuestaria, adquiriendo aspectos de una organización cuya naturaleza habría de ser mejor definida, al menos en sus rasgos más esenciales, debiendo aquí recordar que las relaciones entre las administraciones públicas, sometidas a los principios de coordinación y cooperación, se pueden canalizar a través de los convenios y consorcios del artículo 9 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, Ley 7/2004).

– Artículo 35.

Fija la aplicación de la normativa de subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y Ley regional 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones) a las concedidas en el ámbito de las acciones para la cooperación internacional al desarrollo, *“salvo que deban exceptuarse los principios de publicidad o concurrencia y otros aspectos del régimen de control, reintegros o sanciones que sean incompatibles con su naturaleza o los destinatarios de las mismas”*.

Plantea el problema del régimen jurídico aplicable a las subvenciones o ayudas concedidas en el ámbito de la cooperación al desarrollo, es decir, la aplicabilidad a éstas de la Ley 38/2003 y de la Ley regional 7/2005. Debe señalarse que la Comunidad Autónoma carece de potestad normativa plena para regular las subvenciones y que, particularmente, los procedimientos de adjudicación señalados por la citada Ley 38/2003 y el régimen de infracciones y sanciones constituyen normativa básica, por lo que no cabe una norma regional que ignore dichas determinaciones estatales.

–Artículo 38.

En el texto definitivo sometido al Consejo Jurídico se ha suprimido la mención expresa a la situación administrativa de servicios especiales, asumiendo así una observación de la Dirección General de la Función Pública y limitándose a efectuar una mera remisión al régimen estatutario de los empleados públicos.

No obstante, la redacción resultante no está exenta de problemas, pues mientras que el Anteproyecto alude a quienes “participen en acciones, proyectos o programas de cooperación internacional...”, el artículo 62.1, b) del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (TRLFP), establece que pasarán a la situación de servicios especiales los funcionarios de la Administración regional, cuando sean autorizados por ésta para realizar misiones en programas de cooperación nacional o internacional.

Si bien la remisión efectuada al TRLFP impide que se produzca una verdadera modificación del régimen de las situaciones administrativas, lo que quedaría vedado a la Comunidad Autónoma, atendido el carácter básico de la materia, lo cierto es que la redacción dada al precepto puede mover a confusión al intérprete.

En consecuencia, bien se incorpora una mención a la circunstancia de la autorización, en términos similares a los siguientes: “el personal funcionario autorizado por la Administración Pública de la Región de Murcia a participar en acciones...”, pues no basta la mera participación en tales programas para pasar a servicios especiales; bien se suprime el apartado 1 del precepto, pues la norma material en él contenida ya existe en el régimen de los funcionarios públicos, por lo que su incorporación al ordenamiento jurídico regional no supondría innovación ninguna.

El Consejo Jurídico considera esta última opción como la más adecuada, no sólo en aplicación de un elemental principio de economía normativa, sino también en orden a evitar dudas interpretativas. De forma que, cuando no se pretenda modificar la regulación sustantiva, ha de huirse de la introducción de preceptos innecesarios o que puedan inducir a confusión.

–Artículo 43.

En el apartado 1 se crea el Registro de Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo de la Región de Murcia, configurando el apartado 2 la inscripción como un requisito imprescindible para recibir subvenciones y ayudas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En relación con este Registro ha de tenerse en cuenta el artículo 33 de la Ley 23/1998, que en sus apartados 1 y 2 establece lo siguiente:

“1. Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo anterior podrán inscribirse en un Registro abierto en la Agencia Española de Cooperación Internacional, que será regulado por vía reglamentaria o en los registros que con idéntica finalidad puedan crearse en las Comunidades Autónomas.

Se articularán los correspondientes procedimientos de colaboración entre la Agencia Española de Cooperación Internacional y las Comunidades Autónomas a fin de asegurar la comunicación y homologación de los datos registrales.

2. La inscripción en alguno de dichos Registros constituye una condición indispensable para recibir de las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, ayudas o subvención computables como ayuda oficial al desarrollo (...).”

En mérito de esta disposición de la Ley estatal la inscripción en cualquiera de ambos registros (estatal o autonómico) sería válida a efectos de recibir subvenciones y ayudas, aun cuando dicha circunstancia no se refleje en el Anteproyecto.

– Artículo 44.

En el apartado 2 se establece que la cooperación universitaria que se lleve a cabo con fondos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se centrará, principalmente, en los ámbitos que en dicho precepto se recogen. Pues bien, como quiera que las Universidades públicas de la Región reciben anualmente transferencias, tanto

corrientes como de capital, procedentes de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, con las que nutren sus propios presupuestos, se puede dar el caso de que fondos provenientes de estas dotaciones se destinen a financiar actuaciones de cooperación internacional al desarrollo cuyos ámbitos de actuación pueden y deben ser elegidos libremente por las Universidades en el ejercicio de su autonomía. Considera, pues, el Consejo Jurídico, que el legislador sólo puede condicionar los ámbitos de actuación de la cooperación internacional al desarrollo desplegada por las Universidades cuando aquéllos se financien con fondos específicos y diferenciados de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma.

– Artículo 47.

El Anteproyecto procede a la derogación expresa de la Disposición Adicional primera de la Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado de la Región de Murcia, y sustituye el concepto de voluntario de la cooperación para el desarrollo que ese precepto establece por el contenido en este artículo 47.1.

La definición ensayada por el Anteproyecto se ajusta al concepto genérico de voluntario, sin apreciar contradicciones, si bien omite rasgos del voluntariado que, sin esfuerzo, pueden ser calificados como definitorios, en la medida en que permiten caracterizar adecuadamente la figura y diferenciar la actividad voluntaria de otras como las de carácter profesional o laboral. Por ello, y dado que quienes son objeto de regulación por este precepto no dejan de ser voluntarios, sería conveniente incorporar, tras el término “participe”, un inciso similar al siguiente: “de forma continuada, solidaria, altruista y responsable”, dando cabida así a estos rasgos distintivos del voluntariado (artículo 3.1, a Ley 5/2004).

V. A la parte final.

– Disposición Adicional Primera.

Habilita al Consejo de Gobierno a proponer, a iniciativa del Consejero competente en la materia, la creación de un organismo público específico para la gestión de la cooperación internacional para el desarrollo. El precepto resulta superfluo, pues reconoce al Consejo de Gobierno una facultad que ya tiene reconocida con carácter general, mediante el artículo 40 de la Ley 7/2004, en relación con el artículo 22.2 de la Ley 6/2004.

– Disposición Adicional Segunda.

El apartado 1 establece que las aportaciones efectuadas por personas físicas o jurídicas a Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo, así como para realización de programas o proyectos de cooperación internacional para el desarrollo, recibirán el tratamiento fiscal previsto en los artículos 35 y 36 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo, así como aquellos otros beneficios que en ese marco se puedan establecer.

Atendiendo a los extremos en que aparece redactado el precepto, cabe señalar que tal regulación resulta no sólo innecesaria al repetir lo ya establecido en la Ley estatal, cayendo así en la tan reiteradamente declarada por este Consejo Jurídico como inapropiada técnica de “*lex repetita*”, sino que, además, desborda el ámbito de la competencia normativa de la Comunidad Autónoma al vincular disposiciones tributarias en materia de incentivos fiscales estatales a determinadas actividades. Debería, en consecuencia, modificarse la redacción del precepto en el sentido de que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la Ley 23/1998, se establecen nuevos incentivos fiscales sobre los tributos cedidos por el Estado

(apartado 2 de la Disposición cuyo comentario nos ocupa), a los que cabría adicionar, si se considera oportuno, los tributos propios. A estos efectos se propone la regulación contenida en la Disposición Adicional Única de la Ley 13/1999, de 29 de abril, de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad de Madrid, que se adecua perfectamente a la distribución de competencias en la materia que nos ocupa.

– Disposición Final Tercera.

Cuando el Consejo de Gobierno eleve a la Asamblea General el Plan Director, éste no se denominará Anteproyecto, sino Proyecto. Debe modificarse la redacción de la Disposición en este sentido.

VI. De contenido gramatical y de técnica normativa.

Primera - Las siglas CARM, utilizadas en algunas partes del texto, deben sustituirse por la referencia completa a la denominación de nuestra Comunidad Autónoma.

Segunda - El texto ganaría en rigor gramatical si el término “mismo”, adjetivo que expresa igualdad y que es utilizado en diversas ocasiones en el Anteproyecto, se sustituyese por el pronombre personal o el determinante posesivo que corresponda.

Tercera - La subdivisión del apartado 2 del artículo 29 debe realizarse mediante letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente y seguidas de un paréntesis de cierre (Directriz 31 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28).

Cuarta - En el artículo 45.3 la preposición disyuntiva “o” situada entre las palabras “empresas” y “organizaciones”, debe tomar la forma de “u” ya que precede a una palabra que comienza por “o”.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- En los términos expresados en el presente Dictamen, el texto sometido a consulta puede seguir tramitándose como Proyecto de Ley, si bien las observaciones al Título del Anteproyecto, a la Exposición de Motivos y a los artículos 17, 18, 20, 33, 34, 35, y 38 deben considerarse esenciales (consideración Cuarta, apartados II, III, y IV).

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 22/07.- Anteproyecto de Ley de Fomento y Coordinación de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 20/02/07

Extracto de Doctrina

1. *Sobre la investigación convergen todos los títulos de distribución de competencias sobre materias susceptibles de una actividad investigadora (agricultura y sanidad, entre otros), ya que el título competencial “fomento de la investigación científica y técnica” es determinado en razón de un fin susceptible de ser utilizado respecto de cualquier género de materias con independencia de cuál sea el titular de la competencia para la ordenación de éstas (SSTC 53/1988, de 24 de marzo y 90/1992, de 11 de junio).*

2. *Mientras que es la Administración General la que asume la realización de los intereses públicos regionales, los organismos públicos desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (art.1.2 y 1.3), debiendo quedar, pues, para las personas jurídicas de derecho privado creadas por la Administración una posición auxiliar de grado inferior que, en cualquier caso, les impide el ejercicio de potestades públicas y, en general, la asunción de competencias que corresponden a los órganos de la Administración General.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Anteproyecto consultado fue objeto del Dictamen 176/2006, a cuyos antecedentes hacemos ahora remisión con el fin de evitar reiteraciones innecesarias. Dicho dictamen concluyó en que no cabía dictaminar sobre el fondo de la cuestión hasta completar el procedimiento con la documentación correspondiente a:

1º) La justificación del ejercicio de su competencia por la Consejería de Industria y Medio Ambiente, teniendo en cuenta que el artículo 46.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, dispone que “*el procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley, se iniciará en la Consejería o consejerías competentes por razón de la materia. En el supuesto de que exista interés de varios departamentos, el Consejo de Gobierno, previo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, determinará lo procedente acerca de su formulación*”.

2º) La Intervención del Consejo Regional de la Función Pública.

3º) La Intervención del Consejo Escolar de la Región de Murcia.

4º) La Copia autorizada del texto definitivo del proyecto de disposición de carácter general que se somete a Dictamen.

SEGUNDO.- El procedimiento de elaboración del Anteproyecto se completó mediante dos nuevos envíos de documentación que tuvieron entrada en el Consejo Jurídico los días 19 de enero y 2 de febrero de 2007, consistentes en:

1) Certificación del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Escolar, emitido el 16 de enero de 2007, que informa favorablemente el Anteproyecto, si bien con observaciones de mejora a los artículos 9, 14 y 21, que no son atendidas en el texto definitivo.

2) Certificación del Dictamen del Consejo Regional de la Función Pública, emitido el 16 de enero de 2007, que informa favorablemente el Anteproyecto, sin observaciones.

3) Memorias justificativa y económica, emitidas ambas, también en la fecha anterior, conjuntamente por las Consejerías de Educación y Cultura, e Industria y Medio Ambiente.

4) Texto definitivo del Anteproyecto, autorizado por los Secretarios Generales de las Consejerías citadas.

5) Dictamen 4/2007, emitido por el Pleno del Consejo Escolar de la Región de Murcia el 25 de enero de 2007.

El Consejero consultante solicita el carácter urgente en la emisión del Dictamen del Consejo Jurídico, remitiendo la motivación a un escrito adjunto del Director General de Universidades y Política Científica.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

La trascendencia de la norma sometida a consulta, su incidencia en otra normativa sectorial, y la cantidad de asuntos que penden de dictamen en este Consejo Jurídico, son causas que hacen inviable que se pueda aceptar el trámite de urgencia solicitado por la autoridad consultante. Por otra parte las razones que se alegan en el escrito del Director General de Universidades y Política Científica para sustentar “la reconocida urgencia” que predica el artículo 10.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, no se han invocado a los efectos del artículo 46.6 de la ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. Tales razones pueden abonar la conveniencia de que exista celeridad en la ultimación del procedimiento, lo cual no es asimilable a la urgencia y, en todo caso, en expedientes encaminados a la aprobación de leyes, debe retenerse la idea de que el total procedimiento, en fase de formación de la voluntad de quien tiene la iniciativa y en fase parlamentaria, tiene por fin facilitar la cualificada función institucional del órgano legislativo a la hora de ejercer la competencia directamente atribuida por la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía, función para la que ostenta una plena libertad de configuración para fijar, dentro de los parámetros del ordenamiento, la redacción final de los textos legales. Y el deber encomendado por ese mismo ordenamiento a los órganos que intervienen a través de las normas que disciplinan el procedimiento de elaboración y sus diversos trámites, es facilitar el cumplimiento de esa soberana potestad, que es el sentido final de la participación de este Consejo Jurídico (Dictámenes 70 y 72 de 1999 y 188/2006).

SEGUNDA.- Procedimiento y competencia.

I. El procedimiento seguido para la elaboración del Anteproyecto ha sido el previsto por el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, a cuyas prescripciones se ha acomodado en términos generales después de haber sido completado a raíz del Dictamen 176/2006, a excepción del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos previsto por el artículo 46.1 de la citada Ley, omisión que deberá subsanarse y, de resultar del mismo alteraciones al procedimiento de elaboración o al contenido del Anteproyecto, deberá recabarse sobre ello Dictamen de este Consejo.

II. Como ha destacado la doctrina, mientras que el artículo 149.1.15ª CE consagra la competencia estatal sobre el “fomento y coordinación de la investigación científica y técnica”, el 148.1.17ª CE reconoce la posible competencia autonómica sobre el “fomento de la investigación”, estableciendo el Estatuto de Autonomía en su artículo 10.Uno.15ª que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma el “*fomento (...) de la investigación científica y técnica en coordinación con el Estado, especialmente en materias de interés para la Región de Murcia*”. No obstante, aclara el Tribunal Constitucional que sobre la investigación convergen todos los títulos de distribución de competencias sobre materias susceptibles de una actividad investigadora (agricultura y sanidad, entre otros), ya que el título competencial “fomento de la investigación científica y técnica” es determinado en razón de un fin susceptible de ser utilizado respecto de cualquier género de materias con independencia de cual sea el titular de la competencia para la ordenación de éstas (SSTC 53/1988, de 24 de marzo y 90/1992, de 11 de junio).

Como límite de la competencia exclusiva autonómica, la jurisprudencia constitucional ha especificado que la competencia estatal sobre “el fomento de la investigación científica y técnica” no se circunscribe al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades investigadoras privadas a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas honoríficas y similares; engloba, también, “todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de la investigación, entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y Centros dedicados al desarrollo y divulgación de las tareas investigadoras, competencia que comprende potestades normativas y ejecutivas (STC 90/1992, de 11 de junio); sin embargo, esta competencia estatal, al igual que otras, no puede llegar a tal grado de concreción y desarrollo que deje vacías de contenido a las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas

La competencia estatal puede hacer efectiva esa coordinación a través de medidas necesarias y suficientes para lograr la integración de las diversas partes o subsistemas en el conjunto o sistema, resultando claro, y así se destaca por el TC, que la determinación de dichos medios, cauces y fórmulas para alcanzar este objetivo integrador de la pluralidad de acciones resultantes del ejercicio de un conjunto de competencias en régimen de concurrencia presenta un muy amplio margen de apreciación y decisión que, en principio, sólo al titular de la competencia de coordinación corresponde concretar (STC 90/1992, de 11 de junio).

El Estado ejerció su competencia normativa mediante la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (en adelante, Ley 13/1986), según la cual cumple con su función constitucional en ese campo mediante los Planes Nacionales de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, estableciendo un ámbito para la coordinación en el Consejo General de Ciencia y Tecnología, organismo

creado por la mencionada Ley 13/1986 y que cuenta con la participación de todas las Comunidades Autónomas. Por su parte, el Plan Nacional de Investigación Científica contiene no sólo los planes nacionales elaborados por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología y los programas sectoriales de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, sino también “los programas de las Comunidades Autónomas que en razón de su interés puedan ser incluidos en el Plan Nacional y acordada su financiación, en todo o en parte, con fondos estatales” (art. 6 apartado 2 letra c).

En la delimitación del alcance de la competencia autonómica en general, señala el TC que ésta queda situada en pleno paralelismo sustancial con la atribuida al Estado, de manera que la actividad que éste despliega no puede impedir ni interferir la que decidan desarrollar las Comunidades Autónomas en este ámbito, por posibilitar un régimen competencial en términos de concurrencia; sin perjuicio, por supuesto, de los efectos que produzca la competencia estatal de coordinación. En el Dictamen 171/2006, el Consejo Jurídico se hizo eco de que, como ha destacado la doctrina, la conjugación de ambos preceptos constitucionales y estatutarios, atributivos de competencia, presenta un sistema en el que se puede diferenciar entre la política científica general o nacional y las que pueden configurar cada una de las Comunidades Autónomas, pero éstas deben tener participación en la determinación de la primera, pues al Estado no le corresponde su fijación y ejecución, sino su fomento y coordinación general y, al definir sus respectivas políticas de la ciencia, las Comunidades Autónomas tienen la obligación de respetar las líneas de coordinación marcadas con carácter general. En definitiva, la competencia autonómica queda situada en pleno paralelismo sustancial con la atribuida al Estado (STC 90/1992, de 11 junio), siendo muy significativa la necesidad de coordinación y participación recíproca.

Desde el punto de vista de esta distribución competencial no se puede hacer reproche alguno al texto que, a la par que regula la actividad de la Comunidad Autónoma en la materia, prevé la inserción de dicha actividad investigadora en el marco de la planificación nacional, como demuestran los artículos 2,e), 3,b) y 13.5 del Anteproyecto. Debe recordarse que la idea de coordinación se recoge tanto en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando señala la obligación de información y prestación de asistencia entre las distintas Administraciones Públicas (art. 4.1 c) y d), como en la Ley regional 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración pública regional (art. 5), y que la coordinación en estos casos se caracteriza porque no disminuye la capacidad decisoria de las partes que cooperan, que en nada ven recortadas sus propias competencias.

Cooperación que, en este ámbito, está dirigida a que los recursos financieros públicos dedicados al desarrollo de la investigación científica y técnica logren la máxima eficiencia en su aplicación.

TERCERA.- Estructura, contenido y técnica normativa.

La Ley se compone de una Exposición de Motivos, un Título Preliminar (arts. 1 a 3) y 3 títulos, dedicado el primero a la organización (arts. 4 a 14), el segundo a la planificación (arts. 15 a 18) y el tercero a otras medidas de fomento (arts. 19 a 34); se completa con 5 Disposiciones adicionales, una derogatoria y dos finales.

En general el Anteproyecto está adecuadamente estructurado, distinguiendo nítidamente los tres contenidos en que descompone la regulación -según dice la Exposición de Motivos en el apartado III, párrafo primero-, contenidos que se corresponden con los 3 Títulos.

No obstante, desde el punto de vista de su composición lingüística cabe recordar que las Directrices de elaboración de disposiciones (Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005) indican la conveniencia de *“evitar todo aquello que, sin aportar precisiones de contenido, complique o recargue innecesariamente la redacción de la norma: emparejamiento de sinónimos léxicos o sintácticos (una actitud clara y manifiesta; exhibió e hizo ostentación); epítetos triviales («fiel» en fiel reflejo, «claro» en claro exponente); perfrasis superfluas (ser de aplicación por aplicarse)”*; punto de vista bajo el cual debiera repasarse la redacción del Anteproyecto y, en particular, de los artículos 1, 2, 14, 26, y 34. También según las citadas Directrices el uso de las siglas puede justificarse dentro de una disposición para evitar formulaciones farragosas y repeticiones cansinas, siempre que se explique, cuando aparezcan por primera vez (fuera del título y de la parte expositiva), mediante su inclusión entre paréntesis o entre comas precedida de la expresión “en adelante” y se escriban en mayúsculas sin puntos ni espacios de separación, recordatorio que cabe hacer respecto al repetido uso que se hace en el texto de la sigla I+D+I. Expresan también las tan citadas Directrices que, en las normas, el lenguaje ha de ser claro y preciso, de nivel culto, pero accesible, ya que su destinatario es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lengua accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla; advertencia que se hace respecto del empleo de términos cuyo contenido material no es de fácil encaje en el contexto de la disposición, tales como “iniciativas estratégicas” (art. 6), “Empresas Innovadoras” (art. 14.3) “tejido productivo” (art. 27), o “estructura de interfase” (art. 28).

CUARTA.- Observaciones de carácter general.

1) Llama poderosamente la atención la posición preponderante que en la estructura organizativa del sistema se reserva a la denominada Fundación Séneca, calificada como Agencia Regional de Ciencia y Tecnología y situada como eje central de los procesos de evaluación de la actividad investigadora y de la progresión de la carrera investigadora (art. 23), además de realizar informes de prospectiva en su calidad de observatorio (art. 32). Esa posición se completa con la caracterización que realiza el artículo 14.1 enumerándola como primer agente del sistema regional de ciencia, tecnología y empresa, con las funciones de colaborar en la propuesta, orientación, coordinación y ejecución de las políticas públicas sobre la materia y en la de “sus programas e instrumentos, favoreciendo el fortalecimiento de las relaciones de cooperación entre los agentes del sistema”; se le atribuye también la función de contribuir al fomento de la investigación, a la transferencia de resultados y al aprecio social por la ciencia. Cuenta, además, con un representante en el Consejo Asesor (art. 9.3).

Esa destacada condición en el ejercicio de la competencia parece situar a la fundación en un papel más allá del meramente auxiliar que le correspondería atendiendo a la norma reguladora de la organización administrativa regional, que es la antes citada Ley 7/2004, en cuyo artículo 1 se dice que la Administración de la Comunidad Autónoma está integrada por la Administración General –organizada en consejerías– y por los organismos públicos vinculados o dependientes de ella para el desarrollo de su actividad, que pueden ser organismos autónomos o entidades públicas empresariales; mientras que es la Administración General la que asume la realización de los intereses públicos regionales, los organismos públicos desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (art. 1.2 y 1.3), debiendo quedar, pues, para las personas jurídicas de derecho privado creadas por la Administración una posición auxiliar de grado inferior que, en cualquier caso, les impide el ejercicio de

potestades públicas y, en general, la asunción de competencias que corresponden a los órganos de la Administración General.

Partiendo de ese modelo organizativo establecido por el derecho regional, y de que su aplicación ha de ser necesariamente flexible y no exenta de sentido pragmático, estima el Consejo Jurídico, no obstante, que constituye una interpretación excesivamente laxa la que lleva a atribuir a la Fundación la calidad de elemento del sistema legalmente imprescindible, en detrimento de las competencias atribuidas a los centros directivos de las Consejerías, encomendándole unas funciones que, en algunos casos, rozan el campo de las potestades públicas (art.23); en concreto debe resaltarse que en la Consejería de Educación y Cultura se creó la Dirección General de Investigación (Decreto 18/2005, de 9 de septiembre), que debiera ser la pieza central de esta estructura organizativa.

Conforme a ello, se recomienda una regulación más contenida del papel de la fundación que la remita a su posición de auxiliar, permitiendo integrar en la Dirección General de Investigación las funciones que de forma natural le deben corresponder.

2) Reiteradamente emplea el Anteproyecto la expresión “poderes públicos de la Comunidad Autónoma” (arts. 1, 15, 22,), de incierto contenido, ya que no se encuentra acuñada ni en el Estatuto de Autonomía ni en la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, y que se sustituiría con ventaja y mayor propiedad por “Administración regional” o “Comunidad Autónoma”, según proceda.

QUINTA.- Sobre el articulado.

I. Título I. De la organización (arts. 4 a 14).

Por una parte, se regula en este Título del Anteproyecto la organización interna de la Administración regional, y, de otra, lo que denomina “agentes”.

1) Organización interna.

A) Comisión Interdepartamental.

– Artículo 6. La propuesta de asignación de fondos públicos destinados a los programas del Plan que prevé el apartado 6 no deja de ser una facultad ya integrada en la más general de proponer el mismo Plan, ya que éste tiene como contenido necesario una estimación de gastos (art.16.e); no aporta nada al texto.

– Artículo 7. Parece prudente que se atribuya expresamente al Presidente de la Comisión la facultad de delegar sus funciones.

B) Consejo Asesor (arts. 8 a 11). Se configura como “órgano consultivo” que “canaliza la participación efectiva de la sociedad” (art.8) en este campo, función respecto a la cual debería reconsiderarse la pertenencia de algunos de sus miembros, ya que es muy discutible que, desde esa perspectiva, los componentes integrados directa o indirectamente en la Administración regional puedan ser adscritos a la “sociedad”. El Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario, creado por Ley 8/2002, de 30 de octubre, es un organismo autónomo adscrito a la Consejería de agricultura (art.1) que ya tiene como función asesorar a los órganos de la Administración regional (art.3.1, c), asesoramiento que realiza desde dentro de la propia Administración; en igual caso está el Instituto de Fomento que, según la Ley 9/2006, de 23 de noviembre, es una entidad pública regional adscrita a la Consejería de industria (art.1); lo mismo cabe decir de la Fundación Séneca, entidad

perteneciente al sector público regional, aunque de la misma no constan antecedentes en el expediente. Por otra parte, la duración del mandato de los miembros debe establecerse de forma directa (art. 9.4).

C) Unidad de Gestión del Plan (arts. 12 y 13). Forma parte de la lógica del sistema que exista dentro de la Administración que aprueba el Plan una unidad a la que se encarguen los trabajos para la elaboración, el seguimiento y la evaluación, que auxilie a la Comisión Interdepartamental en el cumplimiento de sus tareas. Sin embargo, desde el punto de vista organizativo carece de lógica alterar el esquema general de creación de unidades administrativas previsto por la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de la Administración pública regional, cuyo artículo 10.1 establece que los órganos de dicha Administración “*se crean, modifican y suprimen conforme a lo establecido en la presente ley*”; de acuerdo con ello, estando tal Unidad ubicada dentro de la Consejería de Política Científica (art. 12), su creación es materia del Decreto de estructura de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la mencionada Ley 7/2004, lugar en el que puede tener el rango orgánico que se desee. Es allí donde tiene su sede natural la creación y definición de sus funciones.

Por lo demás, en la concepción de esta unidad existe una contradicción notable entre su denominación –“de gestión”– y su cometido, que es “el seguimiento del Plan” (art. 13.3 y 18.2); la gestión del Plan, entendida como ejecución de sus programas, se atribuye a los denominados agentes (art. 18.1). Finalmente, debe tenerse en cuenta que la gestión presupuestaria a que se refiere el artículo 13.2 queda configurada de manera confusa: en el Anteproyecto no se atribuyen funciones de gestión presupuestaria a la Comisión Interdepartamental (art. 6), correspondiendo éstas a los titulares de las distintas secciones presupuestarias, como se desprende del Texto Refundido de la Ley de Hacienda (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, artículo 49).

2) Los denominados Agentes (art. 14). Aunque en el precepto proyectado no se define lo que es “agente” del sistema de ciencia, tecnología y empresa, del significado de la palabra y del contexto en que se inscribe parece quererse referir el Anteproyecto a sujetos con la capacidad de ejecutar los programas de investigación previstos en el Plan (art. 18.1), aspecto éste que, de ser así, debiera quedar plenamente aclarado en el artículo 14.

Se acomete aquí una labor de especificación de valor casi programático, carente de eficacia normativa, que no aporta nada al Anteproyecto, y que, por claridad y sencillez, debiera ser sustituida por otra redacción más concreta y simple, al modo que hace el artículo 18.1 de la Ley 13/1986.

Pero, en cualquier caso, qué se entiende por “agente” queda sin definir, siendo contradictorio que el precepto arranque igualando a los agentes que cita con los órganos regulados en el artículo 4.

Sin embargo, carece el Anteproyecto de una regulación clara y suficiente de la posición que ocupan en el sistema los organismos públicos de investigación.

En definitiva, la actual redacción de este precepto debiera ser eliminada del Anteproyecto, replanteándose en su totalidad.

III. Título II. De la planificación regional de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación (arts. 15 a 18).

El presente título diseña escuetamente el contenido del Plan y regula un esquemático procedimiento para su aprobación en el que se aprecian las contradicciones expuestas en las precedentes consideraciones sobre el carácter de la Unidad de Gestión (art.18), además de establecerse una audiencia a los “agentes” del sistema que no es eficaz a la vista de la indefinición de ese concepto. Con independencia de la creación de grupos de trabajo que, desde los niveles inferiores, conformen lo que definitivamente sea el anteproyecto del Plan, su elaboración debiera arrancar de unas pautas marcadas por la Comisión Interdepartamental, previa audiencia del Consejo Asesor, para, a continuación, ser objeto de exposición pública, al margen de que se oiga a los directamente interesados.

IV. Título III. Otras medidas de fomento de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación (arts. 19 a 34).

– Artículo 20. Los 3 primeros apartados carecen de eficacia normativa, por ser una mera reiteración de los preceptos que citan. Debieran ser eliminados.

– Artículo 23.1 El término “figuras” no parece adecuado cuando se atribuye a la Comunidad Autónoma la facultad de crearlas, emulando así las figuras contractuales que vinculan a los investigadores con los centros, reguladas en el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, materia que queda fuera de la competencia autonómica (Disposición final primera de dicho Real Decreto).

– Artículo 25. El régimen jurídico de financiación de los centros de investigación varía sustancialmente según sean públicos (propios o de otras Administraciones o entidades públicas) o privados, por lo que su tratamiento en un único precepto parece inapropiado; la financiación de los centros propios es una cuestión que se trata en el marco de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, mientras que la de los centros privados se encuentra sujeta a la Ley de Subvenciones, determinación que debe recogerse en el Anteproyecto.

– Artículo 26. Es un precepto carente de contenido real porque el mecenazgo se incentiva a través de medidas normativas concretas, y no de declaraciones programáticas; tal es la función de la Ley estatal 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en cuyo ámbito no existe posibilidad del ejercicio de competencias autonómicas. Se debería suprimir.

– Artículo 28.1. La explicación de las causas de la norma tiene su sede propia en la Exposición de Motivos, no debiendo incorporarse al articulado.

– Artículo 29. Las ayudas financieras a empresas están sometidas a controles de la Comisión Europea, salvedad que debiera incorporar el precepto.

– Artículo 30. Aunque su sentido se puede obtener tras una lectura completa, la redacción no es afortunada por, entre otras razones, introducir la expresión “empresas regionales” -que parece aludir a las empresas públicas autonómicas- en lugar de hablar de “empresas de la región”.

– Artículo 31. Falta alguna determinación más clara y concreta de los elementos esenciales de la denominada “red regional de transferencia de los resultados de la investigación” que sirvan de pauta para el posterior desarrollo reglamentario.

– Artículo 32. Los estudios e informes del Observatorio debieran tener una periodicidad establecida, vinculada principalmente al suministro de información para la elaboración,

seguimiento y evaluación del Plan, por lo que su emisión debería realizarse a requerimiento de la Consejería de investigación, como parte de aquéllos trabajos o, facultativamente, por la Comisión Interdepartamental.

– Artículo 33. 2. Debe darse la razón a lo observado por el Consejo Económico y Social sobre la inconcreción de la medida aquí adoptada y la necesidad de delimitarla para hacerla operativa. Al margen de ello, la concreción que se apunta pudiera no insertarse pacíficamente en el régimen jurídico de los contratos públicos, pues la vigente normativa (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) ha sentado el principio de no discriminación en la selección de contratistas, en los términos del artículo 11.1: “*los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación*”. Esta regulación proviene, además, del Derecho comunitario europeo que, en diversas Directivas, ha efectuado una regulación detallada de la selección de contratistas sobre los expresados principios de concurrencia, publicidad y no discriminación, estableciendo que las especificaciones técnicas exigibles deben caracterizar objetivamente la prestación y estar justificadas, precisamente, por el objeto del contrato. Es por ello que se debe advertir la falta de conveniencia de una regulación de alcance general que no contemple esta salvedad.

V. Disposición Derogatoria.

La cláusula genérica de derogación, siendo una medida de prudencia, es insuficiente cuando existen normas previas reguladoras de la materia, como es el Decreto 25/2003, de 4 de abril, que creó la Comisión Interdepartamental de Ciencia, Tecnología, y Sociedad de la Información, cuya derogación expresa parece inexcusable.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contenido del Anteproyecto sometido a consulta se encuentra en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDA.- Con anterioridad a su elevación a Consejo de Gobierno debe emitirse el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos a que se refiere el artículo 46.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, observando en todo caso lo que se indica en la Consideración Segunda I.

TERCERA.- Son esenciales las observaciones relativas a los artículos 23.1, 25, 29 y Disposición derogatoria.

CUARTA.- Las restantes observaciones contribuyen a una mejora sustancial del Anteproyecto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 23/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. G. A., en nombre y representación de su hija menor de edad S. G. A., debida a accidente escolar.**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 20/02/07****Extracto de Doctrina**

El mismo órgano consultivo sostiene la ausencia de nexo causal entre el actuar administrativo y los daños sufridos por los escolares en los centros docentes de titularidad pública, cuando se ocasionan por acciones fortuitas de otros niños enmarcadas en un contexto de juego o involuntariedad. En este sentido, también es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 38/2000, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y Dictamen núm. 483/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de junio de 2006, se recibe en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura una reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por D. E. G. A., quien solicita ser indemnizado con 900 euros en reparación por las lesiones sufridas por su hija, S. G. C., debidas a un accidente escolar.

Según el reclamante, el 3 de mayo de 2006, en el curso de la clase de Educación Física, cuando su hija, alumna del Instituto de Educación Secundaria (IES) “Jiménez de la Espada” de Cartagena, llevaba a cuestas a una compañera, tropezó y cayó de frente, produciéndose diversos daños, que enumera como sigue: “*abriéndose la frente, la nariz, el labio, el mentón y la pérdida de los dos dientes frontales*”. Para el reclamante la causa del accidente fue el descuido y dejadez del profesor que “*no sabía lo que había sucedido, ya que atendía otros asuntos*”.

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación: a) factura de médico estomatólogo, por importe de 900 euros, en concepto de reconstrucción y fundas de piezas 11 y 21; b) sendos informes médicos de la atención prestada en urgencias los días 3 y 5 de mayo de 2006. En el primero de ellos no consta la rotura de las piezas que sí se incluye en el segundo; c) fotocopia del Libro de Familia, donde consta el nacimiento de la menor el día 18 de agosto de 1991, por lo que, al día del accidente, la menor contaba con 14 años de edad.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designada instructora, se solicita de la Dirección del IES la elaboración de un informe expresivo de los hechos y circunstancias concurrentes en el accidente. Dicho informe, de fecha 25 de octubre de 2006, manifiesta que “*durante la fase de calentamiento al comienzo de la clase de Educación Física, y mientras los alumnos corrían libremente por la pista polideportiva, S. tuvo un encontronazo fortuito, parece, con una compañera. Ambas cayeron al suelo; la compañera cayó sobre S., quien dio con el rostro en el suelo, sufriendo un golpe en la frente, en la boca y la nariz, pues no tuvo tiempo de apoyarse con las manos y evitar el impacto. El profesor (...), único presente en ese momento, atendió a la alumna inmediatamente, que a pesar de que tenía una ligera*

hemorragia bucal, evitaba ser examinada pues se daba cuenta de que había perdido alguna pieza dentaria y sentía vergüenza de enseñar la boca”.

Consta asimismo en el expediente (folio 4) un informe del profesor de Educación Física, según el cual, cuando la alumna llegó a la pista y una vez comenzada la clase, aquél ordenó como ejercicio de calentamiento el de carrera libre por todo el terreno, con la fatalidad de que la menor tropezó de forma involuntaria con una compañera. Ambas cayeron al suelo, pero sólo S. sufrió lesiones.

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia al reclamante con fecha 7 de diciembre de 2006, éste no hace uso del mismo, al no presentar alegaciones ni documentación alguna.

CUARTO.- Con fecha 26 de diciembre de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no existe relación causal entre el funcionamiento del centro educativo y los daños padecidos por la alumna.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 11 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

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

En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe señalar que la reclamación fue formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación y Cultura es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el centro docente donde ocurrió el accidente.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye. Tal como razona, no se advierte que concurren en los hechos examinados todos los requisitos que la Ley 30/1992,

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa de los mismos.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, Dictamen 180/02), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

El mismo órgano consultivo sostiene la ausencia de nexo causal entre el actuar administrativo y los daños sufridos por los escolares en los centros docentes de titularidad pública, cuando se ocasionan por acciones fortuitas de otros niños enmarcadas en un contexto de juego o involuntariedad. En este sentido, también es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 38/2000, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y Dictamen núm. 483/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Alega el reclamante el descuido y dejadez del profesor *“que no sabía lo que había sucedido, ya que atendía otros asuntos”*. Ello no obstante, el profesor, si bien pudo no observar directamente lo sucedido, sí parece que estaba presente en la clase, como demuestra el hecho de que la niña fuera atendida inmediatamente por el docente. En este sentido, las circunstancias que concurren en el incidente impiden apreciar una omisión del deber de vigilancia que incumbe al profesorado, al cual el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que le corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia. En este mismo sentido, la sentencia de 24 de julio de 2001 declara

que no cabe imputar lesión alguna a la Administración docente, cuando exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un compañero de juego en un lance del mismo, *“sin que, por ende, pueda, desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del Colegio, ya que la lesión se habría producido, cualquiera que hubiera sido la vigilancia”*, es de tener en cuenta que la forma puramente fortuita en que se causó la lesión *“en sí misma es insuficiente para anudar el daño a la gestión pública”*, que resultaría ajena a su generación.

En el supuesto examinado nada indica que el grado de diligencia que correspondía al personal docente del centro exigiera mayores medidas de precaución tendentes a evitar el daño, produciéndose fortuitamente el tropiezo del que traen causa las heridas sufridas por la menor en el desarrollo de una actividad física (carrera libre) que no puede considerarse inadecuada para la edad (14 años) de los alumnos participantes, quienes no necesitan una vigilancia por parte del profesorado tan estrecha como pueden requerir edades inferiores.

Antes bien, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo inherente a la práctica deportiva escolar y, en consecuencia, ajeno a la prestación del servicio educativo. En este sentido, el Consejo de Estado, para supuestos muy similares al que es objeto de análisis en este Dictamen, dirá que *“se pone de manifiesto que el daño aducido no guarda relación con el funcionamiento del servicio público educativo, ya que el accidente no se produjo durante la realización de un concreto ejercicio ordenado por el profesor que comportase un riesgo significativo para los escolares -supuesto en el que existe un especial deber de cuidado-, sino cuando el alumno estaba realizando ejercicios libres de calentamiento, suceso que debe encuadrarse dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar que no resultan imputables (por su propia naturaleza) a la actuación de la Administración educativa. Se trata, en realidad, de un daño, suceso, o eventualidad, que por las circunstancias en que se produjo no tiene la causalidad directa, suficiente y necesaria para poder estimar la pretensión indemnizatoria formulada”* (Dictamen 806/2004).

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 24/07.- Proyecto de Decreto por el que se establece el contenido y procedimiento de los estudios de inundabilidad.

Consultante: Consejero de Industria y Medio Ambiente (2005)

Fecha: 26/02/07

Extracto de Doctrina

Conforme a la doctrina constitucional, “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas” (SSTC 15/1998, F. 3, y 110/1998).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de julio de 2005, el Director General de Ordenación del Territorio y Costas remitió al titular de la Secretaría General, para su tramitación, un borrador de orden por la que se establecía el contenido y el procedimiento de los estudios de inundabilidad. Acompañaba un informe jurídico favorable, y el acuerdo de la Comisión de Coordinación de Política Territorial, de 28 de junio de 2005, que informaba también favorablemente el anteproyecto de orden.

SEGUNDO.- Tras lo cual, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe el 14 de septiembre de 2005, realizando observaciones atinentes al rango de la norma y órgano competente para su aprobación, procedimiento, documentación y contenido, destacándose las relativas a la necesidad de otorgar una audiencia individualizada a la Confederación Hidrográfica del Segura (en lo sucesivo CHS), la incorporación al expediente de la justificación técnica del contenido de los estudios de inundabilidad cuya regulación se propone, así como que debe establecerse un informe preceptivo y vinculante de la CHS a la aprobación de los citados estudios, en atención a las funciones que le corresponden, según el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (en lo sucesivo Ley de Aguas). También que se incorporen al articulado los aspectos netamente normativos que se recogen en el Anexo (definición de los niveles de riesgo a los efectos de la zonificación de usos, y la determinación de los usos prohibidos y permitidos, según el nivel de riesgo).

TERCERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2005 se recaba informe de la CHS, sin que conste que se haya cumplimentado.

CUARTO.- Con fecha 13 de diciembre de 2005 se remite por el titular del centro directivo el proyecto para su aprobación por el Consejo de Gobierno, ahora como decreto, acompañando como nuevos documentos las memorias justificativa de la oportunidad y necesidad de su elaboración y la económica, que concluye en que no genera gasto alguno, además de los trámites ya realizados como los informes de la Comisión de Coordinación Territorial y del Consejo Social de Política Territorial.

QUINTO.- Constan unas observaciones del Comisario Adjunto de la Confederación Hidrográfica del Segura, de 27 de junio de 2005, que fueron entregadas en el seno de la Comisión de Coordinación de Política Territorial cuando se informó el entonces anteproyecto de orden, y que fueron recogidas en el acta correspondiente:

- Con carácter general se recuerda que el ámbito físico de la competencia de la CHS en materia de cauces públicos se extiende hasta la zona de policía. Más allá de ésta, la ordenación de las zonas inundables es competencia de la Comunidad Autónoma. También que las exigencias de protección del régimen de corrientes puede, en algunos casos, ser más restrictivo que los criterios de ordenación y zonificación previstos en el proyecto.
- Particularmente se realizan las siguientes observaciones al articulado:
- Se solicita que se aclare que, además de los cauces inventariados que se concretan en el Anexo II del Decreto 57/2004, por el que se aprueba las Directrices y el Plan de Ordenación del Litoral de la Región de Murcia, pueden existir otros cauces públicos de menor entidad sin que estén inventariados en dichos instrumentos.
- Que se amplíe el plazo de emisión de informe de la CHS a los estudios de inundabilidad.
- Que la modificación de la delimitación del suelo de protección de cauces deje a salvo las exigencias de protección del régimen de corrientes que determine la CHS.
- Que los usos que se contemplan deben ser compatibles con el régimen de protección del régimen de corrientes.
- También se contienen unas observaciones de índole técnica al Anexo I.

SEXTO.- Las anteriores sugerencias fueron objeto de estudio por parte de la Asesora Jurídica (con el visto bueno del Subdirector General de Ordenación del Territorio y Costas), mediante informe de 15 de julio de 2005, y por el Jefe de Servicio de Costas, en su informe de 14 de julio anterior.

SÉPTIMO.- Sometido el proyecto de decreto a informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Industria y Medio Ambiente, es evacuado el 23 de enero de 2006 en el sentido de realizar las siguientes observaciones en contraste con las indicadas en su informe anterior:

- No se ha tenido en cuenta el carácter vinculante del informe de la CHS en los estudios de inundabilidad.
- No se han incorporado al articulado los aspectos que se indicaban de marcado carácter normativo.
- En cuanto a la regulación del silencio administrativo aconseja que se establezca con carácter negativo, o añadir ciertas cautelas como las previstas por la legislación urbanística para la aprobación definitiva de los planes por silencio administrativo.
- También cuestiona el efecto automático de supresión de la calificación de protección de cauces con la aprobación de los estudios de inundabilidad, debiendo preverse su incorporación al planeamiento urbanístico.
- Aconseja que el proyecto se someta a informe de las Consejerías de Agricultura y Agua, y de Obras Públicas, Vivienda y Transportes.

OCTAVO.- Trasladas las anteriores observaciones a la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas, es objeto de consideración por el titular del citado centro directivo, mediante comunicación interior de 7 de febrero de 2006, dirigida a la titular de la Secretaría General, señalando a este respecto:

a) El informe preceptivo de la CHS no debe tener carácter vinculante, pues no afecta a cuestiones competenciales estatales. No obstante se amplía el plazo de su emisión a dos meses, de acuerdo con lo solicitado por el citado organismo.

b) Los Anexos, por su naturaleza, forman parte del futuro decreto.

c) Un reglamento no puede excepcionar la regla general prevista en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre el carácter positivo del silencio administrativo.

d) Sobre la categoría de suelo que pasarían a tener las zonas excluidas afirma que no corresponde a los instrumentos de ordenación del territorio clasificar suelo, sino proteger al mismo de determinados riesgos.

e) Sobre la posibilidad de recabar los informes de las Consejerías competentes en materia de agua y obras públicas, considera que han sido oídas en el seno de los órganos colegiados consultivos.

NOVENO.- Previo informe jurídico favorable del Vicesecretario de 24 de enero de 2006, se recaba el preceptivo de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que lo emite el 27 de marzo de 2006 en el sentido de indicar que:

A) Debería completarse el procedimiento con la incorporación de los siguientes informes y documentos:

- Aunque se ha justificado la oportunidad y necesidad del proyecto, sin embargo la motivación técnica es insuficiente.
- Los órganos colegiados de carácter asesor se han pronunciado sobre el proyecto de orden, no sobre el proyecto de decreto.
- Debe constar en el expediente el trámite de audiencia individualizado a la CHS y a la Demarcación de Costas del Estado.
- Debería solicitarse el dictamen del Consejo Económico y Social (CES), teniendo en cuenta que el proyecto desarrolla el POT, y que éste se sometió a su parecer y, por las mismas razones, al Consejo Jurídico de la Región de Murcia.
- También que debe someterse a información pública mediante anuncio en el BORM, y en algún diario regional. En todo caso debe darse audiencia a las Consejerías competentes en materia de agua y obras públicas, así como a las asociaciones cuyo objeto social tenga relación con el ámbito de actuación del proyecto.
- El titular de la Secretaría General tiene que emitir un informe resumen motivado tanto de la necesidad de la norma, como de los trámites seguidos, y de las soluciones adoptadas.

B) Sobre el contenido del Anteproyecto se realizan una serie de observaciones, entre las que cabe destacar:

- Debe recogerse la siguiente redacción en el artículo 6: “*solicitando los informes, preceptivos y vinculantes a la Administración General del Estado, y a los Ayuntamientos (...)*”, para acomodar el texto al Dictamen del Consejo Jurídico núm. 46/04, a la Ley de Aguas, y al artículo 112,a) de la Ley de Costas, aprobada por la Ley 22/1988, de 28 de julio (en lo sucesivo Ley de Costas).
- Deben incorporarse al articulado del proyecto preceptos del Anexo concernientes al contenido de los estudios de inundabilidad, como los objetivos, los riesgos y sus niveles, la zonificación de usos, y los estudios mínimos que deben contener.
- La Disposición Adicional vulnera lo previsto en el artículo 24 del POT.
- El Anexo incurre en determinadas contradicciones con el régimen de usos previsto en las DOT y POT del Litoral para los suelos de protección de cauces.

DÉCIMO.- En contestación a las anteriores consideraciones consta un informe del titular del centro directivo proponente, de 12 de abril de 2006, que contiene, entre otros, los siguientes argumentos:

- Considera que se han cumplido todas las determinaciones contenidas en el artículo 12 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004).
- Estima que no existe obligación legal de solicitar informe a la Dirección General de Costas, al CES, por no versar sobre aspectos económicos, y al Consejo Jurídico porque el presente anteproyecto no es desarrollo de una Ley, sino de un Decreto, concretamente el de aprobación de las DOT y POT.
- Sobre la necesidad de solicitar informe a los departamentos competentes en materia de agua y obras públicas, entiende que informaron favorablemente el proyecto a través de los órganos colegiados asesores, sin que tampoco se haya considerado la necesidad de cumplimentar un trámite de información pública, pues se trata de una disposición que se limita a regular un procedimiento.
- Respecto a las observaciones realizadas a las Disposiciones Derogatorias y Final se señala que se incorporarán al texto que se eleve a Consejo de Gobierno, y respecto al contenido de la Adicional se limita a facultar a otras Administraciones para que hagan uso del contenido y del procedimiento de los estudios de inundabilidad.
- No considera conveniente introducir el informe vinculante de la Administración General del Estado porque las competencias de la Comunidad Autónoma son exclusivas en materia de ordenación del territorio, y no afectan al dominio público marítimo terrestre, ni al hidráulico.
- El régimen de usos será el reflejado en el POT del Litoral, no el indicado en el proyecto que tiene como función servir de guía para otros instrumentos y Administraciones.

Concluye que, una vez asumidas y corregidas aquellas observaciones que se han entendido acertadas y legalmente correctas, procede proseguir con la tramitación hasta la aprobación por el Consejo de Gobierno.

UNDÉCIMO.- Con fecha 12 de enero de 2007, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo con el texto sometido a consulta, fechado el 29 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El órgano consultante solicita el dictamen con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), por tratarse de un proyecto de disposición de carácter general que se dicta en desarrollo o ejecución de leyes regionales, o que constituye desarrollo de legislación básica estatal, sin mayor justificación en cuál de los dos supuestos de reglamento ejecutivo se subsume, es decir, su previa habilitación en norma estatal o autonómica.

Frente a esta posición, consta la del titular del centro directivo competente en materia de ordenación del territorio, que considera la no preceptividad de nuestro Dictamen, entendiendo que el presente proyecto de decreto no es desarrollo de una ley, sino de ejecución de un decreto, concretamente el que aprueba las DOT y el POT del litoral (Decreto 57/2004, de 18 de junio), sin que, por otra parte, se haya tramitado como una modificación de los referidos instrumentos de planificación territorial (en este caso del POT).

Por tanto, para la consideración del carácter de nuestro Dictamen, ha de determinarse previamente la naturaleza de la disposición sometida a consulta y su habilitación legal, de acuerdo con nuestra doctrina expresada en la memoria correspondiente al año 2000, si bien ya puede anticiparse la conformidad del Consejo Jurídico con el carácter preceptivo respecto a esta disposición de carácter general, en los términos solicitados por el órgano consultante, por las razones que se explicitan seguidamente.

SEGUNDA.- Naturaleza de la disposición y habilitación legal.

El presente proyecto tiene como finalidad, según el artículo 1, desarrollar la previsión contenida en el artículo 24 de la normativa que se aprobó por el Decreto 57/2004, ya referido. Conviene aclarar que el artículo 24 forma parte del POT del litoral, de acuerdo con la Disposición Final Primera del precitado Decreto, aunque a lo largo del texto consultado se haga referencia indistinta a las Directrices y al Plan de Ordenación del litoral (DOT y POT).

También conviene recordar las previsiones que dice desarrollar: el POT del litoral establece, dentro de las categorías de suelos protegidos, la de protección de cauces, que tiene como finalidad controlar los daños producidos por las inundaciones (artículo 22), y que consiste en el establecimiento de una banda de 100 metros a ambos lados de los cauces que se relacionan en el Anexo II, por tener una relevancia especial. En dichas bandas de protección están prohibidos los usos residenciales, industriales, equipamientos cerrados, etc., según el Anexo V, sobre régimen de usos en los suelos protegidos por el POT. Dicha banda de protección coincide, en su extensión, con la llamada zona de policía prevista en la Ley de Aguas para los márgenes que lindan con los cauces (artículo 6).

Concretamente el artículo 24 del POT prevé la posibilidad de modificar los 100 metros de la banda de protección, siempre y cuando se realice un estudio de inundabilidad que sea aprobado por la Administración competente en materia de ordenación del territorio. Se establece que los citados estudios se realizarán de acuerdo con la normativa que desarrolle la Comunidad Autónoma, pudiendo realizarse de oficio o a instancia de parte.

El proyecto sometido a consulta desarrolla tal previsión mediante el establecimiento del procedimiento para aprobar los estudios de inundabilidad, su contenido (Anexo), y los efectos de su aprobación.

Cabría plantearse en este punto, al no tratarse de la modificación de un instrumento de ordenación del territorio, ni de un reglamento habilitado específicamente por el TRLSRM, qué competencias estatutarias está ejercitando la Comunidad Autónoma en este proyecto, y, sobre todo, qué previsiones legales desarrolla (no se trata de un reglamento de carácter organizativo independiente), pues no puede desconocerse que la potestad reglamentaria es una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, de forma que el reglamento complementa a la ley, sin que pueda sustituirla.

La habilitación competencial y legal ya la advertimos en nuestro Dictamen núm. 46/2004, sobre el entonces proyecto de decreto por el que se aprobaron las DOT y POT del litoral, en el sentido de que las previsiones que se contemplan en dichos instrumentos desarrollan las contenidas en el artículo 11.3 de la Ley de Aguas sobre zonas inundables, en concreto su apartado 3 que se transcribe:

“1. Los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los lagos, lagunas, embalses, ríos, o arroyos, conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieren.

2. Los organismos de cuenca darán traslado a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo los datos y estudios disponibles sobre avenidas, al objeto de que se tengan en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables.

3. El Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes. Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, además, normas complementarias de dicha regulación”.

Además, la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Aguas deja a salvo las competencias que las Comunidades Autónomas puedan ejercer en materia de ordenación del territorio.

En consecuencia, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma se encuentra habilitado por la Ley de Aguas, en relación con el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, para aprobar normas complementarias sobre limitaciones de usos en las zonas inundables, en ejercicio de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, a las que corresponde la planificación del espacio físico (por todas, STC núm. 123/2003, de 19 de junio), respetando los condicionamientos que deriven de la precitada Ley de Aguas, en ejercicio de las competencias estatales. Presupuesto para ello son los llamados estudios de inundabilidad y el procedimiento para su aprobación, a los que se extiende el referido proyecto de decreto. Por tanto, desde esta perspectiva, el proyecto desarrolla la normativa estatal citada, por lo que indudablemente el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo. A lo anterior cabe añadir que la Disposición Final Única del TRLSRM faculta genéricamente al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, y en su artículo 7 se establece que corresponde a la Administración regional cuantas otras competencias fueran necesarias para el ejercicio de dicha ley y demás que resulten aplicables.

Además, pese a haberse omitido en el procedimiento de elaboración el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de protección civil, residenciadas en la Consejería de Presidencia, debe recordarse que, en desarrollo de la Ley estatal 2/1985, de 21 de diciembre, de Protección Civil, se aprobó la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante riesgos de inundaciones, en la que se establecen los planes de las Comunidades Autónomas ante el riesgo de inundaciones, que tienen como funciones básicas precisar la zonificación del territorio en función del riesgo de inundaciones. De hecho, el Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 2 de agosto del 2002, establece que se aprobará un Plan Especial de inundaciones, elaborado conforme a la Directriz Básica expresada, ya aprobado por parte de otras Comunidades Autónomas (por ejemplo, Plan Especial ante el riesgo de inundaciones de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 156/1999, de 17 de septiembre). Esta última observación sobre las competencias en materia de protección civil tendrá su reflejo en las consideraciones que se realicen al procedimiento de aprobación del presente proyecto de decreto.

TERCERA.- Procedimiento y documentación.

I. Tramitación.

El artículo 53 de la Ley 6/2004 contiene el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general emanadas del Consejo de Gobierno, habiéndose considerado por el titular del centro directivo proponente que se han cumplimentado todos los trámites establecidos en el precitado artículo, frente al informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos que considera que se han omitido informes que resultan precisos en el presente supuesto, como el del CES, Demarcación de Costas del Estado, y Consejerías competentes en materia de aguas y obras públicas, excluidos los ya cumplimentados (CHS y el Consejo Jurídico).

Ciertamente puede sostenerse que el dictamen del CES puede resultar no preceptivo, al no versar sobre una materia estrictamente socioeconómica, sino sobre aspectos procedimentales y estrictamente técnicos (aunque indudablemente los resultados de dichos estudios de inundabilidad tienen repercusión social), y tampoco el de la Demarcación de Costas del Estado, por no tratarse de un instrumento que ordene el litoral (artículos 112 en relación con el 117 de la Ley de Costas), y recaer, con carácter general, sobre el dominio público hidráulico; pero no puede sostenerse, como lo hace el titular del centro directivo, que la Consejería competente en materia de obras públicas ha sido oída, aunque asistiera un representante de la misma a la Comisión de Coordinación de Política Territorial, que sí ha manifestado su opinión. No obstante, el Consejo Jurídico considera, por el contrario, que sí son relevantes tres informes, porque afectan al ejercicio de las competencias que ostentan otras Consejerías y Administraciones, que no se han solicitado:

- A la Consejería competente en materia de aguas, concretamente a la Dirección General del Agua, le corresponde el ejercicio de las competencias en materia de obras hidráulicas, saneamiento, depuración de aguas residuales, y recursos hidráulicos, teniendo en cuenta que el RD 1048/1984, de 25 de abril, traspasó a la Comunidad Autónoma las funciones y servicios en materia de encauzamiento y defensa de márgenes en áreas urbanas, sin que la argumentación de que ha participado un miembro de la citada Dirección en la sesión de la Comisión de Coordinación de Política Territorial pueda ser interpretado en el sentido de que se ha emitido un informe por parte del centro directivo correspondiente.

- Mayor trascendencia, en opinión del Consejo Jurídico, tiene la falta de un trámite de audiencia a la Consejería de Presidencia, concretamente a la Dirección General de Protección Civil, en orden al ejercicio de las competencias ya indicadas en materia de planificación de inundaciones, en desarrollo del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.
- Igualmente cabe destacar la falta de audiencia a los Ayuntamientos, a través del Consejo de Cooperación Local que los aglutina, cuando la norma proyectada pretende aplicarse, aunque sea con carácter supletorio, a las Entidades Locales, y se les reconoce la iniciativa para promover los estudios de inundabilidad (artículo 5 y Disposición Adicional del proyecto) y, finalmente, es a los Ayuntamientos a los que les corresponde el tratamiento urbanístico de los terrenos afectados por los estudios de inundabilidad.

Por último conviene recordar, por las manifestaciones vertidas en el expediente acerca de que se han estimado las observaciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos que se consideran legalmente correctas, que a este centro directivo le corresponde emitir dictamen fundado en derecho, sin perjuicio de que el órgano competente no las considere vinculantes en orden a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

II. Documentación.

El Consejo Jurídico coincide con los órganos preinformantes en que no se han incorporado al expediente los estudios que justifiquen los requisitos técnicos de los de inundabilidad (Anexo del proyecto), como exige el artículo 53.1 de la Ley 6/2004 (justificación técnica en detalle). Por ello, deben incorporarse al expediente los estudios previos que pudieran haberse realizado a este respecto (intervino en la sesión de la Comisión de Coordinación de Política Territorial, explicando la parte técnica del documento, un representante de la consultora TYPESA) y, además, un informe de los servicios técnicos del centro directivo competente sobre la adecuación técnica de los requisitos exigidos en el proyecto de decreto, concretamente en su Anexo, con anterioridad a su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

CUARTA. Observaciones de índole general.

I. Sobre el ámbito de aplicación del proyecto de decreto y su objeto.

Expuestas las competencias de la Administración regional para dictar normas complementarias en zonas inundables (artículo 11.3 de la Ley de Aguas), el Consejo Jurídico entiende que determinadas previsiones del proyecto deben aplicarse a toda la Región de Murcia, y no al ámbito exclusivo de las DOT y del POT del litoral, sin perjuicio de que la normativa contemple determinadas consecuencias (modificación de la delimitación del suelo de protección de cauces) en un concreto ámbito espacial (el litoral), en desarrollo de las previsiones de los citados instrumentos de planificación territorial, insertando dicho régimen especial, por ejemplo, en una disposición adicional.

En efecto, la ordenación de las zonas inundables, respetando las limitaciones de la zona de policía de los cauces prevista en la Ley de Aguas, ha de incardinarse dentro de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y urbanismo, sin perjuicio de la necesidad de articular los correspondientes mecanismos de coordinación

y colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas implicadas (hidráulica, protección civil, medio ambiente y ayuntamientos). Así se desprende del artículo 28 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, por la que se aprueba el Plan Hidrológico Nacional:

“(…)

2. Las Administraciones competentes delimitarán las zonas inundables teniendo en cuenta los estudios y datos disponibles que los Organismos de Cuenca deben trasladar a las mismas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley de Aguas. Para ello contarán con el apoyo técnico de estos organismos y, en particular, con la información relativa a caudales máximos en la red fluvial, que la Administración hidráulica debe facilitar (...)

4. Las actuaciones en cauces públicos situados en zonas urbanas corresponderán a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, sin perjuicio de las competencias de la Administración hidráulica sobre el dominio público hidráulico (...)”.

Por tanto, si a través de los estudios de inundabilidad contemplados en el proyecto de decreto, se determinan zonas del territorio afectadas por un riesgo de inundación, complementariamente a la zona de policía de cauces y, por consiguiente, a las limitaciones de usos, no se acierta a comprender por qué no se extiende su aplicación a toda la Región, como presupuesto para la ordenación de las zonas inundables, al igual que el procedimiento para la aprobación de dichos estudios. A este respecto conviene recordar que las Directrices y el Plan de Ordenación Territorial del Suelo Industrial, de ámbito regional (Decreto 102/2006, de 8 de junio), establecen los estudios de inundabilidad a los efectos de la implantación de usos industriales aislados en áreas protegidas (artículo 38.2).

También se consideran insuficientes las previsiones del proyecto de decreto en relación, por ejemplo, con los instrumentos de planeamiento urbanístico, pues ni tan siquiera contempla, al menos, que los estudios de inundabilidad, una vez aprobados, deberán incorporarse a los citados instrumentos para otorgarles a los terrenos la clasificación y calificación de suelo adecuada, como sugirió el Servicio Jurídico de la Consejería consultante.

En consecuencia, el Consejo Jurídico entiende que debería reformularse el contenido del proyecto, ampliando su ámbito de aplicación a toda la Región, sin perjuicio del régimen especial previsto para el POT del litoral, que debería contemplarse en una disposición adicional, y de las observaciones que posteriormente se realizan.

Para dicha reformulación habría de tenerse en cuenta previamente:

1º) La coordinación con las competencias en materia de protección civil, si tenemos en cuenta que el Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia establece que debe aprobarse un Plan Especial elaborado conforme a la Directriz Básica estatal, que puede condicionar el contenido del presente proyecto.

2º) Para tratar la ordenación de las zonas inundables a escala regional, por la necesidad de integrar la normativa urbanística, medio ambiental, protección civil, e hidráulica, sería más adecuado, en lugar de un reglamento de objeto tan limitado como el sometido a nuestro Dictamen, acudir a un instrumento de ordenación del territorio sectorial, de ámbito regional, al igual que se ha hecho por otras Comunidades Autónomas (por ejemplo, el Plan de Acción Territorial de carácter sectorial sobre Prevención de Riesgo de Inundación en la Comunidad Valenciana, o el Plan Territorial Sectorial de Ordenación de las márgenes de los ríos y arroyos de la Comunidad Autónoma del País Vasco) que contenga no sólo los niveles de

riesgo de inundación, los estudios de inundabilidad, documentación, y procedimiento, sino también el tratamiento del riesgo de inundación en la planificación territorial y urbanística, limitaciones a las diferentes clases de suelo, etc.

Si, pese a la observación general realizada, la Consejería consultante considerara la urgencia de la aprobación del presente proyecto con el alcance propuesto, basándose en razones de prevención de riesgos urgentes para personas o cosas, que sólo tendría justificación si de los estudios de inundabilidad se derivara la ampliación de la banda en suelos urbanizables no sectorizados o no urbanizables (el POT ya excluyó los suelos urbanos y urbanizables sectorizados de la banda de protección, lo que fue objeto de una observación por parte del Consejo Jurídico en el Dictamen 46/2004), debería tomar en consideración las observaciones que seguidamente se realizan, en orden a la coordinación de competencias con la Administración General del Estado, además de las particulares que tras ellas se pormenorizan.

II. Sobre la coordinación de las competencias entre Administraciones.

Pues bien, conforme a la doctrina constitucional, “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas” (SSTC 15/1998, F. 3, y 110/1998).

En consecuencia, y en el entendimiento de que la materia objeto de regulación requiere de una intensa coordinación interadministrativa, como ya se ha expresado, las observaciones del Consejo Jurídico van a ir orientadas a que se plasmen en el texto las técnicas que la posibiliten.

¿Qué problemas concretos suscita, en relación con la Ley de Aguas, la modificación de la delimitación del suelo de protección de cauces, previsto en el POT del litoral, a consecuencia de los estudios de inundabilidad, según establece el artículo 6 del proyecto de decreto?

Si a consecuencia de dichos estudios de inundabilidad se modificara la delimitación de las bandas de protección en el sentido de proponer la ampliación de los 100 metros previstos por el POT del litoral y, por consiguiente, la ampliación de la zona inundable, según la define el artículo 3.2 del proyecto, no se suscitaría ninguna controversia con las previsiones de la legislación de aguas, así como con respecto a las competencias estatales, por cuanto la zona de policía de los cauces, prevista en el artículo 6 de la Ley de Aguas, se extiende a una zona de 100 metros de anchura en la que se condiciona el uso del suelo y las actividades que se desarrollen, precepto cuya constitucionalidad ha sido objeto de consideración por el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 227/1988, reconociendo que se inserta en la competencia estatal para aprobación de la legislación básica sobre protección del medio ambiente (la zona de policía puede ampliarse cuando lo haga necesario la seguridad de las personas y bienes, según el artículo 6.2 de la citada Ley). En todo caso, sí que debería incorporarse a las previsiones, al menos, en los instrumentos de planeamiento urbanístico municipal a efectos de ampliar la correspondiente protección.

Sin embargo, a resultados de los estudios de inundabilidad también puede modificarse la banda de protección prevista por el POT del litoral en el sentido de reducir los 100 metros,

según expresa el titular del centro directivo competente en la Comisión de Coordinación de Política Territorial (folio 192):

“En las DPOL se establecieron unas protecciones genéricas, que en muchos casos pueden ser excesivas, por lo que con esta orden lo que se pretende es que se puedan realizar estudios que revisen el alcance de la protección de cauces”.

Es en estos casos donde sí pueden suscitarse problemas competenciales y de interrelación de las normas que confluyen en un mismo espacio, como sugiere el Comisario Adjunto de la Confederación Hidrográfica del Segura, en sus observaciones de 27 de junio de 2005, al indicar que las exigencias de protección del régimen de corrientes puede, en algunos casos, ser más restrictivo que los criterios de ordenación y zonificación previstos en el proyecto de decreto.

Ciertamente, aunque a resultados del estudio de inundabilidad se redujera la banda de protección prevista en el POT del litoral (100 metros), subsistiría, no obstante, la zona de policía de cauces (100 metros), y las limitaciones que de ella derivan, previstas en la Ley de Aguas, desarrolladas por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que establece (artículo 9):

“1. En la zona de policía de 100 metros de anchura medidos horizontalmente a partir del cauce y con el fin de proteger el dominio público marítimo hidráulico y el régimen de corrientes, quedan sometidos a lo dispuesto en este Reglamento las siguientes actividades y usos del suelo:

- a) Las alteraciones sustanciales del relieve natural del terreno.
- b) Las extracciones de áridos.
- c) Las construcciones de todo tipo, tengan carácter definitivo o provisional.
- d) Cualquier otro uso o actividad que suponga un obstáculo para la corriente en régimen de avenidas o que pueda ser causa de degradación o deterioro del dominio público hidráulico”.

(...)

Dichas limitaciones se aplicarían a otra superficie aun mayor si la zona de policía se ampliara en los supuestos previstos en el artículo 6.2 de la Ley de Aguas:

“En las zonas próximas a la desembocadura del mar, en el entorno inmediato de los embalses o cuando las condiciones topográficas o hidrográficas de los cauces y márgenes lo hagan necesario para la seguridad de personas y bienes, podrá modificarse la anchura de ambas zonas en la forma que reglamentariamente se determine”.

También la Ley de Aguas establece como atribuciones de los organismos de cuenca (artículo 24): la realización de aforos, estudios de hidrología, e información sobre crecidas; al igual que, entre los contenidos de los planes hidrológicos de cuenca (artículo 42,1,g.ñ), se establece la determinación de los criterios sobre estudios, actuaciones, y obras para prevenir y evitar los daños debidos a inundaciones, avenidas y otros fenómenos hidráulicos.

Por todo ello, en aras de la coordinación y para evitar conflictos competenciales ulteriores, sobre todo si, como resultado de los estudios de inundabilidad, se redujeran las bandas de protección del POT del litoral (100 metros), resulta pertinente, al igual que se estableció en el artículo 22 del POT, a instancias de nuestro Dictamen núm. 46/2004, que se añada

en el artículo 6, apartado 5, *in fine*, del proyecto de decreto que “todo ello sin perjuicio del cumplimiento del régimen establecido en la legislación de aguas para la zona de policía y la protección del régimen de corrientes.”

Por las mismas razones, como ha señalado el órgano preinformante, debe recogerse el carácter vinculante del informe de la CHS en aspectos de su competencia (artículo 6.2 del proyecto). De modo similar el artículo 18 del Plan de Acción Territorial de la Comunidad Valenciana, sobre Prevención del Riesgo de Inundación, establece, respecto al citado informe de la Administración General del Estado, que se considera preceptivo y determinante de la resolución.

Por último, en relación con el régimen de usos prohibidos y permitidos en los distintos niveles de riesgo que contiene el Anexo, si, como sostiene el informe técnico de la Dirección General de Ordenación y Costas (folios 144 y ss.), existe un paralelismo entre los usos que satisfacen la protección del régimen de corrientes conforme a las observaciones del Comisario adjunto de la CHS, y los que establece el Anexo para las vías de intenso desagüe con el riesgo 2, no existe mayor problema en añadir en el texto (Disposición Adicional y Anexo), como se propone por aquel órgano, que “el régimen de usos será compatible con las prohibiciones y limitaciones derivadas de la protección del régimen de corrientes”, para salvar posibles contradicciones.

QUINTA- Observaciones particulares.

Además de las observaciones de índole general, que implicaría, entre otros aspectos, una revisión del texto, concretamente de los artículos 1, 2 y 3 (la definición de zona inundable, cauces inventariados, y la referencia al suelo de protección de cauces), excluyendo lo relativo al POT, que debería contemplarse, como se ha indicado, en una disposición adicional, se realizan particularmente las siguientes a la Exposición de Motivos y al articulado.

– Exposición de Motivos.

Además de sustituir la inicial minúscula por mayúscula en la palabra “motivos”, debe recogerse la fórmula que proceda en el último párrafo, en relación con nuestro Dictamen “de acuerdo/oído”, según el artículo 2.5 LCJ.

Se hace referencia indistintamente a las DOT y al POT del litoral cuando los artículos 22, 23 y 24 que se citan, forman parte del POT, según la Disposición Final del Decreto 57/2004, por el que se aprobaron ambos instrumentos.

– Artículo 3. Definición de conceptos.

En el apartado de cauces inventariados, debería recogerse, como sugiere el Comisario Adjunto de la CHS, a efectos de una más completa información respecto a los interesados que, sin perjuicio de los inventariados, pueden existir otros cauces públicos de menor entidad.

– Artículo 4. Órgano competente.

La redacción de este artículo no concuerda con las previsiones del artículo 24 del POT; según el artículo 4 del proyecto, es competencia de la Dirección General competente en materia de ordenación del territorio la modificación de la banda de suelo de protección de cauces, establecida en el Capítulo VIII del Título I de las DOT y POT del litoral (...), frente al artículo 24 del POT que establece que la realización de un estudio de inundabilidad, y su aprobación por la Administración competente en materia de ordenación del territorio,

permitirá la modificación de los 100 metros a aquellos nuevos límites que marque dicho estudio. Es decir, la competencia de la Dirección General se extiende a la aprobación de los estudios de inundabilidad, que posibilita la modificación de la banda de protección del POT.

Pero en ningún caso la modificación de dicha banda de protección viene atribuida al titular del centro directivo pues, con carácter general, la modificación del citado instrumento de ordenación del territorio debe ajustarse a las mismas disposiciones y trámites señalados para su elaboración, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (artículo 30 TRLSRM). Otro aspecto diferente es que dicha modificación pudiera realizarse mediante la tramitación abreviada, según se indica en el artículo 30.2 del citado texto refundido. En definitiva lo que puede corresponder al titular del centro directivo es la aprobación del estudio de inundabilidad, conforme las previsiones del artículo 6 del proyecto.

En otro orden de ideas parece oportuna la referencia que se contiene en este artículo de respeto a las competencias de la Administración General del Estado en materia del dominio público marítimo terrestre, sobre todo en relación con zonas próximas a la desembocadura del mar.

– Artículo 5. Iniciación del Procedimiento.

No queda claro, como prevé el artículo 24 de las DOT, que la Comunidad Autónoma pueda de oficio elaborar estudios de inundabilidad, pues el artículo 6 sólo se refiere a la tramitación a instancia de los particulares y de los Ayuntamientos.

– Artículo 6. Tramitación de la solicitud.

En primer lugar, la información pública prevista en el apartado 2 se establece sólo en los supuestos de que el estudio de inundabilidad se presente a instancia de particulares, lo que carece de sentido a efectos de cumplimentar el trámite de la participación por parte de otros afectados.

En segundo lugar, no parece muy adecuado, por los efectos que puede producir (modificación de la banda de protección de cauces), que el silencio administrativo sea positivo transcurridos 6 meses para resolver (debe añadirse y “notificar”, conforme al artículo 44, primer párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC). Además, el artículo 25.4 de la Ley de Aguas establece expresamente que el informe de la CHS es desfavorable en el caso de no emitirse en el plazo. La solución para regular expresamente la desestimación por silencio administrativo puede venir dada por reconocer que el procedimiento se inicia, en todo caso, de oficio, aunque se reconozca la posibilidad de que los particulares lo propongan, pues en tal caso, el vencimiento del plazo máximo (artículo 44.1 LPAC) puede entenderse desestimatorio, al poder derivarse del mismo el reconocimiento de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas. Otra posibilidad es remitir los efectos del silencio a las normas procedimentales de la Comunidad Autónoma, de manera que se recoja expresamente el efecto desestimatorio de este nuevo procedimiento en la Ley 1/2002, de 20 de marzo, de Adecuación de los Procedimientos de la Administración Regional, a través una modificación de la misma.

En tercer lugar quedaría por resolver la difícil cuestión de los efectos de la aprobación de los estudios de inundabilidad. El apartado 5 señala que dicha resolución podrá suponer la

modificación automática de la delimitación del suelo de protección de cauces, debiendo publicarse y notificarse, así como incluirse en el Sistema Territorial de Referencia. Conviene partir de la redacción poco clarificadora del artículo 24 del POT del litoral cuando se refiere a que *“la aprobación de los estudios de inundabilidad permitirá la modificación de los 100 metros de protección (...)”*. La Consejería consultante equipara la expresión “permitirá” con la modificación automática de las bandas de protección prevista en el POT; pero el Consejo Jurídico considera que una interpretación más ajustada al TRLSRM, y a la redacción literal del POT, conduciría a entender que con la aprobación de los estudios de inundabilidad se posibilita la modificación de las bandas de protección, a través de los procedimientos legalmente establecidos. Por tanto, parece mucho más aconsejable que se interprete en tal sentido, porque con la regulación propuesta en el proyecto, y en caso de una aplicación extrema de tal posibilidad, podría alterarse el contenido de las propias previsiones del POT sobre la categoría de suelo de protección de cauces. Incluso si un estudio de inundabilidad afectara al ámbito de la AIR de Marina de COPE, aprobada por Acuerdo de Consejo de Gobierno el 23 de julio de 2004, conforme al artículo 4.4 de su Anexo se podrían alterar determinadas previsiones del citado instrumento sin seguir los procedimientos legalmente establecidos por el TRLSRM (las zonas de protección de cauces se computan dentro de los sistemas generales, según el artículo 3.2 del Anexo del Acuerdo referido).

Por ello, tras la aprobación de los estudios de inundabilidad, los nuevos límites resultantes deben incorporarse, al menos, al planeamiento urbanístico al objeto de que se le otorgue la calificación adecuada. No obstante, si estos límites resultantes conllevaran otras alteraciones de las determinaciones de los instrumentos de ordenación del territorio referidos debería acudir a una modificación de los mismos. Por tanto, debe suprimirse el efecto automático de la modificación de la banda de protección de cauces, e instrumentarlo, al menos, a través del planeamiento urbanístico (artículo 8 de la normativa de las DOT y POT del litoral).

– **Anexo.**

Dentro de las observaciones de técnica normativa realizadas por órganos preinformantes acerca de que determinados contenidos normativos tienen una más correcta inserción en el articulado (por ejemplo, el contenido de los estudios de inundabilidad), que el Consejo Jurídico suscribe plenamente, también debería incorporarse al texto (a través de una Adicional) la siguiente previsión contenida en el apartado 1.2 del Anexo: “El suelo de protección de cauces contemplado en las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del litoral de la Región de Murcia, engloba los niveles de riesgo 2 y 3, y tendrá el régimen de usos indicado en dicho documento”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma ostenta competencias para dictar normas complementarias sobre limitaciones de usos en zonas inundables (artículo 11.3 Ley de Aguas) y, presupuesto para establecer dichas limitaciones, son los llamados estudios de inundabilidad y el procedimiento para su aprobación, que son regulados en el proyecto de decreto sometido a consulta (Consideración Segunda). No obstante el Consejo Jurídico considera que debería ser objeto de reformulación ampliando su ámbito de aplicación a toda la Región, sin perjuicio del régimen especial previsto por el POT del litoral, que debería contemplarse en una disposición adicional. Para dicha reformulación, y

en aras de la integración de las normas urbanísticas, de protección civil, de medio ambiente e hidráulica en la ordenación de zonas inundables, se considera ajustado al TRLSRM tramitar y aprobar un instrumento de ordenación del territorio, de carácter sectorial y ámbito regional, de modo similar a otras Comunidades Autónomas (Consideración Cuarta, I).

SEGUNDA.- En todo caso, en el supuesto de entenderse por parte del órgano proponente que ha de ser aprobado el proyecto con el ámbito de aplicación propuesto, han de respetarse las competencias estatales previstas en la legislación de aguas, de acuerdo con las observaciones de carácter esencial que se contienen en la Consideración Cuarta, II, así como han de tenerse en cuenta las competencias de la Administración regional en materia de protección civil, residenciadas en la Consejería de Presidencia, conforme a las previsiones del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia, sin que conste en el procedimiento de elaboración la audiencia a la citada Consejería sobre el contenido del proyecto, ni a la competente en materia de aguas, ni al Consejo de Cooperación Local (Consideración Tercera, I).

TERCERA.- Además, se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones particulares:

- Deben incorporarse al expediente los estudios e informes técnicos que avalen en detalle los requisitos técnicos contenidos en el Anexo (Consideración Tercera, II y Anexo).
- La realizada al artículo 4 sobre la competencia del titular del centro directivo.
- Las realizadas al artículo 6 sobre la información pública, y los efectos de los estudios de inundabilidad.

CUARTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 25/07.- Anteproyecto de Ley de Carreteras de la Región de Murcia.

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

Fecha: 28/02/07

Extracto de Doctrina

1. La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia –en ejercicio de las competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, que tienen como finalidad precisamente coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de las distintas Administraciones Públicas que afectan al territorio–, se ha dotado de un sistema integrado de instrumentos de ordenación territorial de carácter general y

sectorial, a través del TRLSRM, al que necesariamente deberían reconducirse o asimilarse, al menos, los distintos instrumentos de planificación con incidencia territorial que se creen por las leyes regionales sectoriales, ya que, en caso contrario, se estaría restando eficacia al mismo, al no resolverse de forma nítida las relaciones entre los distintos instrumentos.

2. Si bien la Comunidad Autónoma puede establecer declaraciones implícitas o genéricas de necesidad de urgente ocupación (art. 15.3 EAMU, en relación con el 149.1,18ª CE, en la interpretación dada por las SSTC 61/1997 y 164/2001), vinculadas a la aprobación de determinados proyectos, considera el Consejo Jurídico que, independientemente de sus efectos facilitadores de la acción administrativa, su excesiva extensión o generalización puede suponer en la práctica una verdadera subversión del sistema expropiatorio establecido por la legislación estatal.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes se elabora, con fecha 9 de marzo de 2006, un primer borrador de Anteproyecto de Ley de Carreteras de la Región de Murcia.

El borrador consta de un Preámbulo, 50 artículos, 3 disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y 3 finales, más un Anexo. El articulado, a su vez, se estructura en los siguientes Títulos y Capítulos:

- Título I: Disposiciones Generales.
- Título II: De la Planificación, que se divide en 3 capítulos:
 - I. El Plan de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
 - II. De los Planes de Seguridad Vial.
 - III. De la Coordinación.
- Título III. Régimen Jurídico de las Carreteras Regionales, que se organiza en los siguientes Capítulos:
 - I. De la Financiación.
 - II. De los Proyectos y de la Construcción.
 - III. De la Explotación.
 - IV. Uso y Defensa de las carreteras.
 - V. Protección de la legalidad y Régimen Sancionador, subdividido en dos secciones.
- Título IV. Travesías y Tramos Urbanos.

Esta estructura se mantiene invariable en los diversos borradores producidos por la Consejería consultante hasta el texto definitivo del Anteproyecto, si bien éste incorpora un nuevo artículo, el 6, para un total de 51.

SEGUNDO.- Previamente a la elaboración del borrador, por la Consejería se realizan las siguientes actuaciones:

- El 15 de febrero de 2006, el Subdirector General de Carreteras elabora un documento denominado “*Motivaciones técnicas al Anteproyecto de Ley de Carreteras*”, según el cual las principales novedades técnicas que presenta el Anteproyecto afectan a: a) la clasificación de las carreteras y sus características; b) la consideración del concepto de seguridad vial como elemento fundamental a tener en cuenta en materia de infraestructuras viarias legislando sobre su programación y coordinación con otros planes y organismos; c) la especificación de los documentos necesarios en el proceso de planificación y desarrollo de una carretera; d) la desaparición de la denominada “zona de protección”, introduciendo las zonas de servidumbre y de afección; y e) la modificación de la línea de edificación respecto de las variantes de población.
- En la misma fecha y por el mismo Subdirector General, se elabora una “*memoria económica*” que concluye afirmando que el Anteproyecto “*no genera obligaciones económicas con repercusión en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por lo que no procede elaborar memoria económica*”.
- El 20 de febrero, el Servicio Jurídico-Administrativo de la Dirección General de Carreteras elabora una “*memoria*” en la que tras indicar el soporte competencial de la iniciativa normativa, expone las principales novedades legislativas que se proponen. Además de las ya indicadas por el Subdirector General de Carreteras, destaca las siguientes:
 - a) La definición del Catálogo de Carreteras y la previsión de su modificación por Decreto.
 - b) Se dota al Plan de Carreteras de una mayor flexibilidad en su elaboración, vigencia, objetivos y contenido, previéndose expresamente su régimen de modificación y revisión.
 - c) Se regulan los Planes de Seguridad Vial y se impone el principio de coordinación de la planificación con las entidades locales.
 - d) En materia de proyectos y construcción se sigue el modelo estatal, recogiendo los distintos estudios y proyectos de carreteras y regulándose los efectos de su aprobación, incluida la declaración implícita de la necesidad de urgente ocupación. Asimismo se exime a las carreteras de la obtención de licencia municipal, al ser consideradas obras públicas de interés general.
 - e) La línea límite de edificación en variantes o carreteras de circunvalación se establece en 50 metros, “*dado el total incumplimiento de los 100 m. en que se fijaba anteriormente*”, y se incorpora una regulación para las construcciones ruinosas que puedan causar daños al dominio público.
 - f) En relación con las travesías y tramos urbanos de las carreteras regionales, se atribuye a la Administración regional la competencia para autorizar actuaciones en la zona de dominio público.
- Con fecha 7 de marzo, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante elabora un “*informe por razón de género*”.
- En esa misma fecha, esta unidad evacua un informe jurídico favorable al Anteproyecto, al no encontrar obstáculo alguno para su aprobación.

TERCERO.- Con fecha 17 de marzo de 2006, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia acuerda tomar conocimiento sobre el Anteproyecto y ordenar su remisión para informe a los órganos, Colegios Profesionales y Entidades que se enumeran en el Acuerdo.

CUARTO.- No consta en el expediente la comunicación del Anteproyecto a las entidades y órganos indicados por el Consejo de Gobierno. No obstante lo cual, presentan observaciones y sugerencias los que siguen:

- Demarcación de Carreteras del Estado. Si bien no observa en el Anteproyecto ningún aspecto que entre en conflicto con competencias estatales, formula observaciones a preceptos concretos, que serán asumidas íntegramente e incorporadas al texto de la futura disposición.
- El Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, de cuyas observaciones sólo son tenidas en consideración las de corrección gramatical del texto.
- La Dirección General de Cultura, cuyas observaciones son rechazadas.
- La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, cuyas sugerencias sólo serán admitidas parcialmente.
- El Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, cuyas sugerencias son rechazadas.
- El Ayuntamiento de Abarán, cuyas observaciones sólo son admitidas en lo referente a errores advertidos en el Anexo.
- El Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, cuya sugerencia sí se ha incorporado al texto definitivo del Anteproyecto.
- La Consejería de Economía y Hacienda.
- El Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, cuyas observaciones sólo parcialmente son tenidas en consideración.
- La Dirección General de Ordenación del Territorio y la Dirección General de Calidad Ambiental, algunas de cuyas observaciones sí se han incorporado al texto.

Asimismo otros órganos y entidades que, al parecer, fueron consultados, no han formulado observación alguna, tales como las Consejerías de Sanidad y de Turismo, Comercio y Consumo, y el Consejo Regional de Cooperación Local.

QUINTO.- Con fecha 28 de julio de 2006, la Jefe de Servicio Jurídico Administrativo de la Dirección General de Carreteras elabora un informe en el que da cuenta de la valoración que un grupo de trabajo constituido al efecto realiza de las observaciones y sugerencias efectuadas por los órganos y entidades consultadas.

SEXTO.- Sometido el Anteproyecto al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, éste lo valora positivamente, formulando diversas observaciones tanto de carácter general como particular que sólo parcialmente serán tomadas en consideración, dando lugar a un nuevo borrador fechado el 10 de noviembre de 2006.

Este último borrador constituye el texto definitivo del Anteproyecto, según consta en el expediente mediante diligencia del Secretario General de la Consejería consultante.

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de noviembre de 2006, el Vicesecretario de la Consejería consultante elabora un documento denominado “informe-extracto de secretaría” en el que da cuenta de la documentación contenida en el expediente y sintetiza el contenido y la tramitación del Anteproyecto.

Una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de consulta, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 20 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento de elaboración, el contenido y la técnica normativa.

I. El procedimiento seguido para la elaboración del Anteproyecto ha sido el previsto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en adelante, Ley 6/2004), a cuyas prescripciones se ha acomodado en términos generales, ya que se inició mediante la elaboración del Anteproyecto por la Consejería competente, al que se une una memoria que incluye la motivación técnica y jurídica, y se razona sobre su necesidad y oportunidad. Asimismo, consta el informe de impacto por razón de género y una autodenominada “memoria económica”. Posteriormente, se elevó el texto elaborado, acompañado de la documentación indicada, al Consejo de Gobierno.

Sin embargo, la anterior afirmación sobre la bondad del procedimiento no impide observar que:

a) No consta en el expediente la propuesta de acuerdo de la Comisión de Secretarios Generales a que se refiere el artículo 46.4 de la Ley 6/2004. Sí consta, por el contrario, el Acuerdo del Consejo de Gobierno acerca de los ulteriores trámites que deben obrar en el expediente, ordenando la remisión del Anteproyecto a numerosos órganos y entidades. Sin embargo, el expediente no contiene documentación acreditativa del cumplimiento efectivo de dicha orden, lo que resulta especialmente relevante desde el momento en que tan sólo algunos de los organismos que debían ser consultados han formulado observaciones o sugerencias, generando así una duda razonable acerca de la efectiva comunicación del texto a todos ellos.

Así, no consta que hayan tenido conocimiento del Anteproyecto los siguientes órganos y entidades que el Consejo de Gobierno consideró oportuno consultar:

- Las Direcciones Generales de Administración Local y de Protección Civil.
- La Jefatura Provincial de Tráfico

- Los Colegios Oficiales de Arquitectos; de Ingenieros Industriales; de Aparejadores y Arquitectos Técnicos; de Ingenieros Técnicos en Topografía; de Ingenieros Técnicos Industriales; y de Ingenieros Agrónomos.
- Confederaciones Regionales de Organizaciones Empresariales de Murcia (CROEM), Comarcal de Cartagena (COEC) y empresariales de Lorca (CECLOR).
- Organizaciones sindicales (UGT, Unión Regional de Murcia y CCOO).
- Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena, y de Comercio e Industria de Lorca.
- Universidades.
- Asociación Española de la Carretera.
- Asociación de Ingenieros de Telecomunicación de la Región de Murcia.

La constancia en el expediente de observaciones y sugerencias formuladas por entidades enumeradas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de marzo de 2006, lleva a este Consejo Jurídico a considerar que sí se dio traslado del Anteproyecto a todos los indicados en el referido Acuerdo y que, únicamente se habría omitido incorporar al expediente la documentación acreditativa de ello, lo que debe corregirse con anterioridad a la elevación del Anteproyecto al órgano colegiado de Gobierno para su aprobación como Proyecto de Ley.

Adviértase, asimismo, que, de no haberse llevado a cabo la remisión a todos los organismos, debe hacerse de manera efectiva, pues de lo contrario, el artículo 46.5 de la Ley 6/2004 impide al titular de la Consejería proponente someter el Anteproyecto al Consejo de Gobierno para su tramitación como Proyecto de Ley.

b) La memoria económica que consta al folio 210 del expediente no puede ser considerada como el “estudio económico de la norma” a que se refiere el artículo 46.3 de la Ley 6/2004, pues se limita a señalar que, al no generar el Anteproyecto obligaciones económicas con repercusión sobre el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, no procede elaborar memoria económica, y ello sobre la base de la Disposición Adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH).

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico, el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

c) En lo que al informe sobre el impacto de género se refiere, sólo puede entenderse cumplimentado el requisito establecido en la Ley 6/2004 desde una perspectiva meramente formal, ya que el contenido del citado informe se limita a una escueta afirmación de ausencia de implicaciones por razón de género. Viene insistiendo este Consejo Jurídico en señalar que la forma de cumplir tal trámite debiera seguir lo establecido en la “*Guía para la evaluación del impacto en función del género*” elaborada por la Comisión de la Unión

Europea, ya que limitarse a afirmar la inexistencia de efectos de tal carácter supone desnaturalizar el sentido y finalidad del trámite.

d) Al folio 1 del expediente consta un documento denominado “informe-extracto de secretaría” firmado por el Vicesecretario de la Consejería proponente. Este documento, de considerarse como el extracto de secretaría que exige el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, determinaría la omisión de un trámite preceptivo en la tramitación del Anteproyecto de Ley, como es el informe de la Vicesecretaría a que se refiere el artículo 46.4 de la Ley 6/2004.

Si, por el contrario, el informe obrante en el expediente se considerara que persigue dar cumplimiento a este trámite, al margen de conllevar la omisión del preceptivo extracto de secretaría, ha de indicarse que su contenido no se ajustaría a las prescripciones legales, pues no aborda la valoración jurídica de las alegaciones presentadas (salvo una efectuada por el Consejo Económico y Social) ni indica las disposiciones legales que serán derogadas por el Anteproyecto.

II. La conformación del Anteproyecto puede considerarse adecuada a las pautas habituales y formales de técnica normativa, ya que está correcta y homogéneamente dividido, y redactado de manera clara y precisa, ello sin perjuicio de las observaciones concretas que puedan resultar del examen particularizado de los preceptos.

Ahora bien, como aspectos de técnica normativa que afectan a la estructura del Anteproyecto, pueden destacarse los siguientes:

a) Entiende el Consejo Jurídico que los artículos 1 y 2 del Anteproyecto confunden objeto y ámbito de aplicación. El objeto o finalidad de la Ley debe reflejar las ideas esenciales de la regulación legal que se propone y suele hacerse mediante el desarrollo del título de la Ley en una frase que, al tiempo que elimina posibles equívocos que pudiera suscitar el referido título –necesariamente breve y conciso–, ofrece un avance algo más completo del contenido de la Ley.

Por su parte, el ámbito de aplicación persigue delimitar los límites de la realidad material sobre la que versa la regulación legal, diferenciándola de aquellas otras que resultan excluidas de la Ley.

A la luz de estos criterios y del contenido de los preceptos que conforman el Anteproyecto, el objeto de la Ley debería ser regular la planificación, proyección, financiación, construcción, conservación, explotación y uso de las carreteras cuya titularidad corresponda a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Del mismo modo, el ámbito de aplicación delimitado por el artículo 2.1 del Anteproyecto debería completarse con la definición de qué se consideran carreteras de titularidad autonómica, es decir, aquéllas cuyo itinerario discurre íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma y que se encuentran recogidas en el Catálogo de Carreteras.

b) De conformidad con las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de julio de 2005, la parte sustantiva de las normas se ordenará conforme al siguiente criterio: en primer lugar las normas sustantivas, después las normas organizativas y, finalmente, las infracciones y sanciones (Directriz 19).

En el Anteproyecto este orden se altera, en la medida en que el régimen sancionador no se ubica al final de la parte sustantiva, pues después del Título III, Capítulo V, que es el destinado en el Anteproyecto a regular dicha materia, todavía existe un Título IV, sobre travesías y tramos urbanos.

En consecuencia, se sugiere incluir, como capítulo, la regulación sobre travesías y tramos urbanos en el Título III, lo que resulta coherente con su denominación, que alude al régimen jurídico de las carreteras regionales, y convertir la regulación de las infracciones y sanciones en el contenido del Título IV.

c) El Catálogo de Carreteras de la Región de Murcia debe titularse como “Anexo” y con la indicación de su contenido, es decir, el referido Catálogo, de conformidad con el artículo 5.2 del Anteproyecto.

d) La extensión de la norma (51 artículos) y la complejidad de su contenido y sistemática (está dividida en Títulos, Capítulos y secciones) parece aconsejar la inclusión de un índice antes de la parte expositiva.

e) Es usual en nuestro ordenamiento jurídico regional, así como en el de nuestro entorno legislativo, consignar el título de los artículos en minúscula, salvo la primera letra (Directriz 29).

f) En determinados artículos, como el 48, la división interna del precepto debería establecerse en apartados numerados (Directriz 31), no en meros párrafos.

TERCERA.- Sobre las competencias estatales y autonómicas.

I. Las competencias estatales con incidencia en la materia de carreteras.

Como señala el Tribunal Constitucional (STC 132/1998, FJ 3), las carreteras son aprehensibles desde distintas perspectivas jurídicas sobre las que también concurren diversos títulos de intervención de los poderes públicos. En efecto, las carreteras son bienes de dominio público y, en cuanto tales, resultan de aplicación a los mismos el conjunto de técnicas de protección que son propias de esta categoría de bienes, surgiendo así para los poderes públicos las correspondientes potestades administrativas para su conservación y vigilancia. Son, también, obras públicas para cuyo acometimiento es necesaria una planificación previa, la determinación de su financiación e incluso la de su explotación. Son, en fin, y sin agotar el variado elenco de perspectivas, el soporte material necesario para la comunicación terrestre y es entonces cuando se hace necesario fijar las condiciones de su uso, especialmente las del tráfico y las de la circulación. Esta visión poliédrica de la materia y de los títulos de intervención sobre la misma, según se trate de uno u otro aspecto, ha sido también asumida por la Constitución, que ha incluido en distintos títulos competenciales cada una de las facetas a que nos hemos referido.

La Constitución y los Estatutos de Autonomía proceden al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de carreteras desde dos perspectivas distintas. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 148.1.5ª CE, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia respecto de las “carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente” dentro de sus respectivos territorios. La competencia sobre este concreto ámbito material ha sido asumida por los diversos Estatutos de Autonomía de forma exclusiva, no siendo una excepción el nuestro, de conformidad con su artículo 10.Uno.4. De ahí que, normalmente, sea la legislación específica dictada por cada una de las Comunidades Autónomas la que configure el régimen jurídico de sus carreteras. De ahí, también,

y consecuentemente con ello, la propia Ley estatal 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (LC), regula principalmente las carreteras estatales, si bien incluye en sus disposiciones adicionales (la segunda) normas sobre la intervención del Estado en relación con las carreteras autonómicas.

En resumen, en el reparto competencial configurado por la Constitución y los distintos Estatutos de Autonomía en materia de carreteras opera, en primer término, un criterio material que separa por un lado las carreteras estatales y, por otro lado, las carreteras autonómicas, atribuyendo al Estado y a las Comunidades Autónomas exclusividad de competencias en relación con las carreteras de su respectiva titularidad.

El criterio señalado, no obstante, no cierra por sí mismo la distribución competencial sobre esta concreta materia. Antes bien, y ésta es la segunda de las perspectivas de este sistema a la que hacíamos anteriormente referencia, la Constitución otorga al Estado, sobre determinados aspectos que pueden incidir en la materia de carreteras, otros títulos de intervención en el listado del artículo 149.1 CE, que no encuentran su homólogo ni en el artículo 148 CE ni en los respectivos Estatutos de Autonomía.

En definitiva, las Comunidades Autónomas tienen plena capacidad para legislar sobre el régimen de las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su territorio y, por ende, para configurar el régimen de carreteras de su titularidad. Pero a la vez, determinados contenidos de la legislación del Estado sobre carreteras, esto es, aquellos que afectan a su planificación, sea desde la perspectiva de la obra pública, sea desde la de su vertiente de elemento integrado en el sistema general de comunicaciones, o sea desde la de las condiciones de seguridad en su uso, pueden ampararse en los títulos competenciales reservados por el artículo 149.1 CE (núms. 13ª, 21ª y 24ª, principalmente), los cuales son plenamente aplicables a todas las carreteras, independientemente de cuál sea su Administración titular, como así ha interpretado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 65/1998, entre otras.

II. Las competencias autonómicas.

El artículo 10.Uno,4 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de “ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario discurra íntegramente por el territorio de la Región de Murcia”. Asimismo, el artículo 10.Uno,3 EAMU le atribuye competencia también exclusiva en materia de “obras públicas de interés para la Región dentro de su propio territorio y que no sean de interés general del Estado ni afecten a otra Comunidad Autónoma”.

Refleja así el Estatuto de Autonomía los dos criterios de distribución competencial establecidos por el bloque de la constitucionalidad en materia de carreteras: el territorio y el interés general. Así la STC 65/1998 dirá que el criterio del interés general viene a complementar el puramente territorial, sin excluirlo esencialmente, pero añadiendo al mismo una dimensión cualitativa que permite atender a la relevancia de las carreteras en su función de infraestructuras del transporte y las comunicaciones terrestres.

Y es que de la combinación de ambos criterios resulta que carreteras con itinerario íntegramente regional pueden obtener la calificación de interés general del Estado, lo que determinaría la atribución de competencias a éste sobre unas carreteras que, de atender al criterio estrictamente territorial, serían de competencia autonómica.

Del mismo modo, los preceptos estatutarios citados permiten afirmar que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias en materia de carreteras que no

son de su titularidad, sino de las entidades locales de su territorio. Así lo confirma la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, cuyo artículo 25.2 atribuye al Municipio competencia para la conservación de caminos y vías rurales, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Puede concluirse, en suma, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencia para establecer el régimen de las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de la Región, salvo que sean de interés general del Estado, con independencia de si son de su titularidad o de las entidades locales.

CUARTA.- Consideraciones generales de corte competencial.

1. El artículo 1 del Anteproyecto, al regular su objeto, utiliza únicamente el criterio territorial de distribución de competencias, ignorando el del interés general, pues identifica las carreteras a las que será de aplicación la futura Ley como aquellas que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se incluyan en el Catálogo de Carreteras.

Con esta delimitación meramente territorial, el Anteproyecto podría incurrir en un exceso competencial que invadiera las atribuciones que corresponden al Estado en virtud del artículo 149.1, 24ª CE y que ampara la consideración como carretera estatal de aquella que quede integrada en un itinerario de interés general (artículo 4.1 y 3 LC), excluyendo estas carreteras del ámbito competencial autonómico.

Por ello, debería incorporarse una salvedad en la determinación de a qué carreteras será aplicable la futura Ley en línea con lo establecido por otras leyes autonómicas, las cuales, tras aludir a la integridad del itinerario por territorio autonómico excluyen del objeto de las respectivas leyes aquellas que sean de titularidad estatal (artículo 1, Ley 8/2006, de 13 de noviembre, de Carreteras del Principado de Asturias; artículo 1, Ley 8/1998, de 17 de diciembre, de Carreteras de Aragón; artículo 1.1, Ley 7/1995, de 27 de abril, de Carreteras de Extremadura; artículo 1.1, Ley 4/1994, de 14 de septiembre, de Carreteras de Galicia; artículo 1, Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de Carreteras de Cataluña; artículo 2, Ley 6/1991, de 27 de marzo, de Valencia; artículo 1, Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha; y artículo 1, Ley 2/1990, de 16 de marzo, de Carreteras de Castilla y León) o que estén comprendidas en la Red de Carreteras del Estado (artículo 3, Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía).

2. Considera el Consejo Jurídico, en línea con lo apuntado por el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, que sería muy conveniente que el Anteproyecto desplegara las competencias que, en relación con las carreteras de las entidades locales, ostenta la Comunidad Autónoma, dictando normas específicas para las de titularidad local, al modo de lo que es habitual en la legislación autonómica del sector (así, Asturias, Andalucía, Aragón, Cantabria, Galicia, Canarias, Valencia, Islas Baleares y Castilla y León), donde se regulan las redes locales de carreteras, las competencias de las entidades locales, la coordinación de los sistemas viarios, etc.

3. El artículo 4.1 utiliza la expresión “carreteras regionales competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” para identificar a aquellas que integran la Red Regional de Carreteras. Sin embargo, dicha expresión es bastante imprecisa pues, como ya se dijo, la Comunidad Autónoma ostenta competencias para la determinación del régimen aplicable a las carreteras de titularidad municipal, las cuales, sin embargo, son excluidas

del ámbito de aplicación del Anteproyecto y no se incluyen en la Red de Carreteras a que se refiere el citado artículo 4.

Del mismo modo, la utilización del término “carreteras regionales”, que no es definido expresamente en los preceptos que anteceden al que es objeto de la presente consideración, podría admitir una interpretación de corte territorial que incluyera a todas las carreteras de la Región de Murcia, con independencia de su titularidad.

Por todo ello, y en orden a evitar indeseables imprecisiones, se sugiere bien definir el concepto de “carreteras regionales competencia de la Comunidad Autónoma”, bien sustituir la expresión por otra que aluda a las carreteras incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, es decir, las carreteras de titularidad autonómica, que sí quedan claramente delimitadas en el Anteproyecto.

4. El artículo 16 del Anteproyecto establece que los Planes de Carreteras y de Seguridad Vial de la Región de Murcia, los del Estado y los de las Entidades Locales, deberán coordinarse entre sí en cuanto se refiera a sus mutuas incidencias, con el fin de garantizar la unidad del sistema de comunicaciones y armonizar los intereses públicos afectados, utilizando al efecto los procedimientos legalmente establecidos.

Inicialmente el Anteproyecto preveía la coordinación entre los planes de carreteras autonómicas y de las Entidades locales, si bien, tras una observación de la Demarcación de Carreteras del Estado en la que se sugería que el texto también expresara la necesidad de coordinación con los planes de la Administración General del Estado, se ha redactado en la forma anteriormente indicada, respecto a la que se realizan las siguientes observaciones:

a) De acuerdo con la redacción literal, se puede interpretar que se obliga al Estado a que coordine sus planes con los de la Administración regional, resultando tal previsión contraria a la distribución de competencias, pues el artículo 149.1.13ª de la Constitución reserva a las instituciones generales del Estado la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación económica general, la cual puede incidir en materia de carreteras, dada la trascendencia directa y significativa de las mismas sobre la actividad económica general, en cuanto infraestructura básica de transporte y las comunicaciones terrestres, y en ejercicio de la misma, se permite el establecimiento, en su caso, de medidas de coordinación de las planificaciones de carreteras estatales y autonómicas (Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1998, 132/98). En su plasmación, la Ley de Carreteras estatal recoge un precepto de contenido similar al ahora propuesto (artículo 5).

b) De ahí que la redacción del Anteproyecto, en ejercicio de las competencias autonómicas, pueda ser admisible en relación con los planes de las Corporaciones Locales. Sin embargo, en relación con la Administración del Estado debe modificarse en el sentido de expresar que los planes de carreteras regionales y de las Entidades Locales se coordinarán con los del Estado, o bien, que las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de carreteras en la Región de Murcia se coordinarán entre sí (...resto del precepto). Sobre este aspecto concreto, y a mayor abundamiento, la STC núm. 132/98, en relación con el Plan de Carreteras del País Vasco, indica lo siguiente:

“La alegación de que el Estado carece de competencias específicas de coordinación en materia de carreteras (...) no tiene en cuenta, en primer lugar, que la competencia estatal sobre “obras públicas de interés general” no se limita a la construcción o financiación, sino que alcanza igualmente a la coordinación (...) Y, en segundo lugar, que lo mismo que

las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma apoyan el Plan General de Carreteras del País Vasco, y la Ley 2/1989 que lo regula, el Estado puede hacer valer, sin concurrir las circunstancias que lo justifiquen, títulos competenciales suficientes para asegurar el mantenimiento y la eventual mejora de una red viaria interconectada en toda España, como razonamos en el fundamento jurídico 3º (SSTC 56/86, 227/88 y 118/96), y ha dejado sentado nuestra Sentencia sobre la red estatal de carreteras (...).”

5. Con fundamento en el artículo 149.1,21ª CE el Tribunal Constitucional considera que corresponde al Estado establecer un régimen general común de comunicaciones que comprendería, al menos, los conceptos y contenidos fundamentales del sistema viario, tales como la definición de carretera y sus distintas modalidades y las nociones de caminos de servicio, áreas de servicio o elementos funcionales de las carreteras.

En la medida en que la fijación de tales conceptos corresponde al Estado, y atendida su finalidad uniformadora del sistema viario en todo el territorio nacional, la Comunidad Autónoma no debe ignorar las notas esenciales que caracterizan a tales elementos.

En relación con lo expuesto se realizan las siguientes consideraciones:

a) El artículo 3 del Anteproyecto clasifica las carreteras en autopistas, autovías y carreteras convencionales, mientras que el artículo 2.2 LC define, además un cuarto tipo de carretera: la vía rápida.

En la elaboración del Anteproyecto no se justifica técnicamente la omisión de esta última clase de carretera, siendo así que una carretera de una sola calzada, con limitación total de accesos a las propiedades colindantes, que de conformidad con el artículo 2.5 LC sería una vía rápida, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia constituirá una carretera convencional.

Más allá de la injustificada omisión de una clase de carretera, cuya definición es calificada por el Tribunal Constitucional como elemento fundamental del sistema viario, su no inclusión en la clasificación autonómica incide en determinados aspectos del régimen jurídico aplicable, pues según el tipo de vía, serán más o menos extensas las denominadas zonas de protección y la línea límite de edificación se situará a mayor o menor distancia. Así, mientras que la legislación estatal otorga a estos efectos un tratamiento similar a las autopistas, las autovías y las vías rápidas (artículos 21.1, 23.1 y 25.1 LC), en la futura norma regional se daría a las vías rápidas el tratamiento de meras carreteras convencionales, lo que disminuiría sensiblemente la anchura de las zonas de dominio público –que pasaría de 8 a 3 metros (artículo 30.1 del Anteproyecto)–, de servidumbre –que sería de 8 metros frente a los 25 metros que le correspondería de darle un tratamiento homogéneo con las autopistas y autovías–, y de afección –que sería de 50 ó 30 metros, frente a los 100 que corresponde a la de autopistas y autovías (artículo 32.1 del anteproyecto)–, al tiempo que minoraría la distancia a la que se situaría la línea límite de edificación, que pasaría de 50 metros para las autopistas y autovías a los 25 ó 18 metros, según la carretera sea de primer o segundo nivel (artículo 34.2 del Anteproyecto).

Desconoce el Consejo Jurídico las razones que mueven a la Consejería proponente a no incluir en la tipología de las carreteras a las vías rápidas, pero, atendida la trascendencia práctica de dicha omisión, debería incorporarse al expediente la oportuna justificación.

b) En el artículo 6 del Anteproyecto se definen las áreas de servicio, sin especificar la condición de bienes de dominio público que la legislación estatal les confiere.

Es cierto que de la lectura conjunta e integradora de este artículo 6 y de los apartados 1 y 4 del artículo 30 de la norma propuesta se alcanza la misma conclusión, pero sería más clarificador aplicar la sistemática del Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre (RGC), que con técnica normativa más correcta, y en un proceso de concreción sucesiva, establece una regulación que va de lo general a lo particular. Así, en su artículo 55 da el concepto de “elemento funcional de la carretera”, enumerando entre tales elementos funcionales a las áreas de servicio y expresando la condición de bien de dominio público que corresponde a los terrenos ocupados por tales elementos y a las instalaciones para la conservación y explotación de las carreteras. De tal forma que, sólo cuando ya ha sido declarada la naturaleza demanial de las áreas de servicio, se procede a su caracterización más concreta y al establecimiento de las líneas esenciales de su régimen jurídico.

QUINTA.- La planificación sectorial de carreteras.

La planificación sectorial de carreteras tiene una señalada trascendencia en la conformación del territorio, por lo que se trata de determinar qué mecanismos de articulación con la política territorial se establecen en el Anteproyecto, y su acomodación a la Ley del Suelo de la Región de Murcia (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, en lo sucesivo TRLSRM), para extraer, en consecuencia, cuáles deben ser sus relaciones con los instrumentos de ordenación del territorio, urbanísticos, y medio ambientales.

I. Relación con la ordenación del territorio.

En la ley vigente se recoge como figura de planificación el Programa de Carreteras (Título II de la Ley 9/1990), ahora sustituido en el Anteproyecto por el denominado “Plan de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, teniendo ambos un objetivo coincidente: “*la ordenación del sistema viario regional, y en él se recogen los objetivos que se propone alcanzar la Comunidad Autónoma en relación con las comunicaciones y su política territorial*”. Con esta denominación de Plan el Anteproyecto se adapta a la terminología generalmente utilizada para este tipo de planificación por las normas autonómicas de contenido similar, y se acomoda, en cierto modo, a la tipología de los instrumentos de ordenación del territorio previstos en la normativa regional, como se indicará posteriormente.

Las modificaciones que se introducen en el Anteproyecto (Título II, “de la Planificación”) responden, según la memoria del Servicio Jurídico Administrativo de la Dirección General de Carreteras, a que se dote a dicho instrumento de mayor flexibilidad en su elaboración, vigencia, objetivos y contenido, previéndose expresamente el régimen de modificación y revisión. También se indica en la citada memoria que se contemplan *ex novo* los Planes de Seguridad Vial, dada su importancia cada vez más creciente en nuestra sociedad actual, si bien ya aparecían indicados, aunque no desarrollados, en el artículo 32 de la Ley 9/1990.

Sobre la naturaleza del citado instrumento omite pronunciarse el Anteproyecto, sin perjuicio de algunas referencias en su articulado a su coordinación con los instrumentos de ordenación del territorio y urbanísticos; de lo anterior cabe deducir que se configura como un instrumento de planificación sectorial independiente de los instrumentos de ordenación del territorio, con los que habrá de coordinarse en todo caso.

Sin embargo, a diferencia de cuando se aprobó la Ley vigente (año 1990), la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia -en ejercicio de las competencias exclusivas en materia

de ordenación del territorio, que tienen como finalidad precisamente coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de las distintas Administraciones Públicas que afectan al territorio, según nuestro Dictamen núm. 46/2004-, se ha dotado de un sistema integrado de instrumentos de ordenación territorial de carácter general y sectorial, a través del TRLSRM, al que necesariamente deberían reconducirse o asimilarse, al menos, los distintos instrumentos de planificación con incidencia territorial que se creen por las leyes regionales sectoriales, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 188/06, ya que, en caso contrario, se estaría restando eficacia al mismo, al no resolverse de forma nítida las relaciones entre los distintos instrumentos, cuando existen ya planes y mecanismos de coordinación previstos en nuestro ordenamiento regional que pueden ser aplicables, y que encajan plenamente en la propuesta normativa sometida a consulta.

Es evidente para el Consejo Jurídico que el Plan de Carreteras tiene un pleno encaje como Plan de Ordenación Territorial (POT en lo sucesivo) –instrumento creado por la legislación urbanística regional–, por las siguientes razones:

a) En cuanto al objeto, de acuerdo con el artículo 7 del Anteproyecto, el Plan de Carreteras es un instrumento de carácter director y operativo al igual que se definen los POT en la legislación urbanística (artículo 24 TRLSRM).

Debe destacarse de esta primera consideración, como resaltamos en nuestro Dictamen núm. 188/06, ya citado, que los POT han sido creados para la planificación de sectores de actividad específica que, por tener incidencia territorial, requieren de un instrumento técnico de apoyo para la expresión y formulación de sus políticas sectoriales (artículo 25.b TRLSRM).

b) Entre los objetivos del Plan de Carreteras se encuentran la vertebración y equilibrio del territorio de la Región de Murcia, garantizando la accesibilidad adecuada a todos los puntos de la Comunidad Autónoma, minimizando el impacto sobre el medio físico, en especial sobre las áreas protegidas, asegurando las inversiones.

Si comparamos sus objetivos y contenido con los del POT, se constata también coincidencia entre sus determinaciones (artículo 26 TRLSRM), si bien conviene aclarar que no todos los contenidos recogidos en el TRLSRM para los POT son obligatorios, sino que dependerán de la especificidad del sector que se planifica.

c) En cuanto a la elaboración y aprobación del Plan de Carreteras como POT, el Anteproyecto es coincidente con el TRLSRM en que los POT son aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, y en que la elaboración del mismo corresponde a la Consejería competente en materia de carreteras, de conformidad con lo previsto en su artículo 29, diferenciándose en cuanto al órgano que tramita.

d) Además, la asimilación a un instrumento de ordenación del territorio tiene la ventaja añadida que el TRLSRM (artículos 19 y 29.3) les atribuye un claro efecto sobre los restantes instrumentos de planificación, sobre todo los urbanísticos.

e) Asimismo, para la ejecución del Plan de Carreteras como POT, puede acudirse a los distintos instrumentos que el TRLSRM contempla para su desarrollo, dotándoles de cierta flexibilidad como, por ejemplo, los Programas de Actuación Territorial, que son instrumentos de carácter ejecutivo y de programación a corto plazo (artículo 32), y que se adecuan a las leyes de presupuestos. De tal manera que el Plan de Seguridad Vial puede encauzarse bajo este último instrumento, correspondiendo al Consejero competente por razón de la

materia su aprobación, al igual que se ha previsto en el artículo 15.2 del Anteproyecto respecto al Plan de Seguridad Vial.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que podría adecuarse el Anteproyecto para considerar al Plan de Carreteras como POT, lo que supondría introducir una serie de modificaciones al articulado del Anteproyecto: por ejemplo, al artículo 7, que pasaría a titularse definición y naturaleza, para recoger su asimilación, reflejándolo también en la Exposición de Motivos; al artículo 11 que debería ajustarse a lo dispuesto en los artículos 29.2 y 22 TRLSRM, en el sentido de que, una vez elaborado el Plan de Carreteras, junto a la Memoria Ambiental, se debería someter a la tramitación prevista en los artículos citados; al artículo 13.4, que debería suprimirse, pues, además de no contemplar el procedimiento que se sigue en el caso de modificaciones en detalle, debería adecuarse, en congruencia con lo señalado anteriormente, al artículo 30 TRLSRM, sobre las modificaciones del citado instrumento de ordenación del territorio; al artículo 15, que debería recoger que el Plan de Seguridad Vial tiene naturaleza de Programa de Actuación Territorial de acuerdo con lo indicado con anterioridad, y remitirse, en cuanto a su elaboración y tramitación, al TRLSRM.

Aun en el caso de no admitirse dichas sugerencias, debería contemplarse, al menos, sus relaciones con los restantes instrumentos de ordenación territorial y urbanística, recogiendo-se en la Exposición de Motivos y en el texto del Anteproyecto (artículo 7) su naturaleza de POT: “El Plan de Carreteras de la Región de Murcia, cuya naturaleza es de Plan de Ordenación Territorial previsto en la legislación de ordenación del territorio y urbanismo (...).

II. Relación con la legislación medioambiental.

El artículo 8, al enunciar los objetivos del Plan de Carreteras, recoge que los proyectos de autopistas, autovías y nuevas carreteras deberán cumplir la normativa ambiental y ser informados preceptivamente por el órgano competente de la Comunidad Autónoma. Respecto a las modificaciones del trazado de las carreteras existentes incluirán, desde la fase de estudio previo, un análisis y evaluación de los impactos previsibles. Por otra parte, el artículo 10, sobre elaboración del Plan, recoge los trámites ambientales en relación con la elaboración del Plan de Carreteras.

Sobre la redacción de ambos artículos se realizan las siguientes observaciones:

a) Debe distinguirse la Evaluación Ambiental del Plan de Carreteras, de las evaluaciones de impacto ambiental exigidas para proyectos concretos.

En cuanto a la Evaluación Ambiental del Plan de Carreteras, prevista por la normativa básica estatal, concretamente por la Ley 9/2006, ya citada, el Anteproyecto debería recoger expresamente que el citado Plan ha de someterse a Evaluación Ambiental Estratégica, sin perjuicio de que se desarrolle el procedimiento específico en el artículo 10, en ausencia de disposición regional adaptada a la norma básica sobre el proceso ambiental de planes y programas. En este sentido el Consejo Jurídico recomienda a la Administración regional la conveniencia de la adecuación del TRLSRM, en relación con la Evaluación Ambiental de los Planes y Programas, a la normativa básica que establece que la legislación reguladora de los planes y programas introducirá en el procedimiento administrativo aplicable para su elaboración y aprobación un proceso de evaluación ambiental, que constará de una serie de actuaciones (informe de sostenibilidad ambiental, consultas, etc.). Resulta muy conveniente para resolver el grado de indefinición actual, sobre cuándo y cómo deben insertarse los trámites previstos en la Ley 9/2006, en relación con los procedimientos específicos de aprobación de planes territoriales y urbanísticos previstos en la legislación regional del suelo.

En relación con la propuesta incluida en el Anteproyecto, se ha de destacar que tanto el informe de sostenibilidad ambiental, como la celebración de consultas se han insertado, en opinión del Consejo Jurídico, adecuadamente en la fase de preparación, como remarca la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, si bien se realizan las siguientes observaciones:

- Cabe dudar sobre si el Avance (criterios, objetivos y prioridades) tiene el nivel de detalle para alcanzar las exigencias descritas por la normativa básica (versión preliminar del plan) para la emisión del informe de sostenibilidad ambiental y consultas, lo que debe ser resuelto por el órgano ambiental de la Comunidad Autónoma.
- El plazo de tres meses de exposición pública del Avance, junto con el informe de sostenibilidad ambiental, puede ser excesivamente amplio (se establece por la Ley 9/2006 un mínimo de 45 días) de aceptarse la observación anteriormente realizada sobre la total equiparación del Plan al POT (incluso en su tramitación) pues, en tal caso, dicho Plan debe ser sometido, una vez elaborado, a la tramitación indicada en el artículo 22, por remisión del 29, ambos del TRLSRM, en donde está previsto una información pública de un mes, pero ya respecto al Plan propuesto.
- La memoria ambiental prevista en el artículo 12 de la Ley 9/2006, sobre la que debe recaer el acuerdo del órgano ambiental, es previa a la propuesta de plan, lo que no queda claramente señalado en el artículo 11 del Anteproyecto.

b) Sobre la evaluación de impacto ambiental (EIA en lo sucesivo) de proyectos (artículo 8, d), aparte de que su ubicación parece más aconsejable, por razones de técnica normativa, en un capítulo distinto a la planificación (por ejemplo en el Capítulo II del Título III), el Anteproyecto contiene una redacción un tanto confusa al referirse a un informe preceptivo del órgano competente de la Comunidad (se supone que se refiere al ambiental), pues si los proyectos citados están sujetos a EIA, no es que deban ser sometidos a informe, sino que corresponde al órgano ambiental la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental. En relación con los proyectos citados se ha omitido, de acuerdo con la normativa básica (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental), que también están sujetos a EIA las actuaciones que modifiquen el trazado de autopistas, autovías, y carreteras convencionales preexistentes en una longitud continuada de más de 10 kilómetros, y las ampliaciones de carreteras convencionales que impliquen su transformación en autopista, autovía o carretera de doble calzada en la misma longitud indicada (Anexo I, Grupo 6. Proyectos de infraestructuras).

Por último, en relación con el cumplimiento de otras normas de protección ambiental, la Dirección General de Calidad Ambiental incide en que no se prevén mapas estratégicos de ruido conforme a la Ley estatal 27/2003, de 17 de noviembre, de Ruido. Convendría, en este sentido, especificar que se tendrán en cuenta las previsiones establecidas en la citada Ley y en las normas dictadas en su desarrollo, como se establece con carácter básico en aquella disposición.

III. Relación con la legislación urbanística.

A lo largo del articulado se producen concretas interrelaciones con la legislación del suelo, en los aspectos netamente urbanísticos (usos del suelo, cesiones, licencia, planeamiento urbanístico, etc.), que van a ser objeto de consideración seguidamente, si bien el Consejo Jurídico considera que el Anteproyecto no ha aprovechado en mayor medida el arsenal de herramientas que proporciona el TRLSRM en lo que concierne a la ordenación

urbanística de los denominados sistemas generales de comunicaciones, y el tratamiento urbanístico de las zonas de servidumbre y afección en suelos urbanizables, lo que permitiría un mayor grado de complementariedad entre ambas normas.

1) Instalaciones de servicio de carreteras.

Con esta denominación el Anteproyecto (artículo 6) se refiere a una parte de los elementos funcionales de las carreteras (las áreas de servicio), porque los restantes se encuentran definidos en el artículo 30.4: “*Se considera elemento funcional de la carretera toda zona permanentemente afecta a la conservación o a la explotación del servicio público viario, tales como las destinadas al descanso, estacionamiento, auxilio y atención médica de urgencia, pesaje, parada de autobuses, y otros fines complementarios o auxiliares*”. En la legislación urbanística, aparecen agrupados bajo el nombre de áreas e instalaciones de servicio vinculadas funcionalmente a la carretera (artículo 83 TRLSRM).

El Anteproyecto, al definir las instalaciones de servicio en las carreteras, entiende como tales las estaciones de servicio y unidades de suministro, restaurantes, hoteles, moteles, talleres mecánicos, cafeterías y, en general, cuantas satisfagan las necesidades de los usuarios de la carretera. Parece más apropiado sustituir el último párrafo, de gran amplitud, por otro más vinculado a su finalidad: “se destinen a facilitar la seguridad y comodidad de los usuarios de la carretera”.

Sin embargo, la regulación propuesta adolece de cierta imprecisión: por un lado, nada se establece acerca de la posibilidad de que se implanten aisladamente, fuera de las áreas de servicio, estaciones de suministro de carburante y servicios complementarios, posibilidad sí prevista por el TRLSRM (artículo 84.C.2); por lo que, en el caso de que la propuesta normativa sea la de restringir dicha opción, reorientando la implantación a través de la ordenación de áreas de servicio, debería proponerse en tal sentido para su derogación expresa.

Por otro lado, el Anteproyecto crea unas “zonas de servicio”, cuya definición en el texto suscita una serie de cuestiones, no resueltas, en relación con las competencias urbanísticas.

a) ¿Cuál es su distinción con las áreas de servicio? Se supone que estribaría en que las áreas de servicio, como elementos funcionales de la carretera, tienen la consideración de bienes de dominio público, aunque nada se señala a este respecto por el Anteproyecto. Se indica, por el contrario, que las zonas de servicio son de propiedad privada (artículo 6.3 del Anteproyecto).

b) La definición de zonas de servicios es bastante imprecisa, al indicar que se encontrarán en áreas próximas a las carreteras, suscitándose la cuestión sobre qué se entiende por proximidad. Además, si se encontraran fuera de las zonas de servidumbre y afección, donde ejercita sus competencias de autorización sobre los usos el centro directivo competente en materia de carreteras, se estarían invadiendo competencias netamente urbanísticas, pues la ordenación y los usos de los terrenos colindantes, con las limitaciones de usos en las zonas indicadas, corresponde a los Ayuntamientos. Distinto es que los Ayuntamientos recaben informe del órgano competente de carreteras, sobre los accesos en suelos urbanizables fuera de las indicadas zonas de servidumbre y afección.

2) La ordenación urbanística.

El artículo 21 del Anteproyecto contiene medidas de coordinación específicas en relación con el planeamiento urbanístico, orientadas a la incorporación en los planes, sobre todo

urbanísticos, de las reservas viarias. En este aspecto el texto no resulta innovador respecto a las previsiones de la normativa vigente, tanto autonómica (Ley 9/1990) como estatal, si bien conviene contrastar dichas previsiones con la normativa urbanística actualmente en vigor.

a) Por un lado se establece que, cuando se trate de construir carreteras o variantes no incluidas en el planeamiento urbanístico vigente de los núcleos afectados, el estudio informativo se remitirá a las Corporaciones Locales al objeto de que durante el plazo de un mes examinen el trazado propuesto y puedan realizar alegaciones. Respecto al sentido del silencio por parte de las Corporaciones Locales, se mantiene la fórmula de que transcurrido el plazo del mes y otro más, se entenderá la conformidad al trazado propuesto. El Consejo Jurídico entiende que dicha previsión introduce un elemento de inseguridad sobre la duración del plazo, puesto que, aunque se fija el plazo de un mes para su emisión, cabe entender que la Corporación puede pronunciarse también durante el mes adicional, cuyo transcurso produce el efecto de la conformidad con el trazado propuesto en caso de silencio; por ello resulta más clarificador establecer un plazo único de dos meses, sin mayor distinción, en coherencia con lo establecido por el artículo 223.2 del TRLSRM, transcurrido el cual se entenderá que es conforme al trazado propuesto.

Asimismo parece aconsejable que, antes de su elevación a Consejo de Gobierno para resolver las discrepancias, fuera informado previamente por la Comisión de Coordinación Territorial, entre cuyas funciones se encuentran las de informar las actuaciones con incidencia territorial (artículo 12.3 TRLSRM).

b) Antes de la aprobación inicial de la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico municipal o de ordenación del territorio que afecte a carreteras regionales, se deberá enviar a la Dirección General de Carreteras para que emita en el plazo de un mes, y con carácter vinculante, informe comprensivo de las sugerencias que estime convenientes. Si transcurrido dicho plazo, y un mes más, no se hubiera evacuado se entenderá la conformidad con el mismo.

El Consejo Jurídico considera que debería adecuarse, en mayor medida, la intervención del órgano competente en materia de carreteras al procedimiento de aprobación de planes previsto en el TRLSRM, lo que redundaría, por otra parte, en una mayor eficacia en las intervenciones del centro directivo referido.

Ciertamente es conveniente, desde el punto de vista de la coordinación, que en la fase de redacción de una revisión o modificación (se ha omitido la adaptación), es decir durante su elaboración, se recabe un informe de la Dirección General de Carreteras para que, como bien indica el artículo 21.2 del Anteproyecto, se realicen las sugerencias que se estimen convenientes. Sin embargo, el TRLSRM establece, tras la aprobación inicial de la Revisión, Adaptación y Modificación, que recae ya sobre un proyecto de Plan concreto, la petición de informes sectoriales (entre otros, el artículo 135.2), conjuntamente con el sometimiento al trámite de información pública. Por ello, parece conveniente introducir un segundo informe del órgano competente en materia de carreteras en el trámite previsto específicamente por la legislación urbanística regional para tal finalidad.

Sobre el plazo para su emisión en esta segunda fase (tras la aprobación inicial), convendría remitirse al TRLSRM ya que, en función del tipo de plan, se establecen dos meses, o un mes. Para el caso de que se estimara la presente observación, deberían introducirse, en opinión del Consejo Jurídico, algunas correcciones al apartado 21.2 del Anteproyecto: por ejemplo, suprimir el mes adicional en el informe anterior a la aprobación inicial, indicando

que de no emitirse se proseguirán las actuaciones, ya que carece de sentido en esta fase previa referirse al carácter vinculante del informe cuando lo que realiza el órgano competente de carreteras son sugerencias, según el texto.

Consecuentemente, en el segundo informe, tras la aprobación inicial, sí tiene pleno sentido que se especifique el carácter vinculante en los aspectos de su competencia, en coherencia con la doctrina constitucional (por todas, STC 149/1991, de 4 de julio, por la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas).

c) El Anteproyecto no recoge el tratamiento urbanístico de las carreteras regionales y, de acuerdo con el TRLSRM, deben calificarse por los planes generales municipales como sistemas generales de comunicaciones (artículo 98.c), con la posibilidad de redactarse, incluso por parte del órgano competente en materia de carreteras, planes especiales para su desarrollo, en los términos previstos en el artículo 111 TRLSRM, con la posibilidad de establecer la vinculación de sectores o áreas de suelo urbanizable a los que den servicio.

3) Afectación al contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria.

Conviene analizar dicha incidencia en relación con las siguientes cuestiones:

a) Cesiones.

Se establece en el artículo 19 del Anteproyecto que los particulares podrán colaborar en la construcción de carreteras autonómicas destinadas a integrarse en la red regional mediante aportaciones diversas, entre las que se citan las cesiones gratuitas de terrenos. Sin embargo, el carácter voluntario con que se expresa puede contradecir la previsión legal de que dichas cesiones son obligatorias en los supuestos previstos en la legislación urbanística; así, el artículo 80 del TRLSRM establece como deberes de los propietarios de suelo urbanizable, la obtención y cesión gratuita de los terrenos destinados a sistemas generales vinculados o adscritos al sector, así como costear las obras de ampliación o refuerzo requeridas por la dimensión y características del sector.

Por otra parte, la aceptación por el órgano competente de determinadas aportaciones de particulares, que podrían estar condicionadas a la aprobación de determinadas reclasificaciones de suelo, debería supeditarse a la previa aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico que lo viabilice con todos los trámites precisos, incluido el ambiental.

b) Sobre las limitaciones de usos en las zonas de servidumbre y afección. Línea límite de edificación.

Es evidente que la clasificación y calificación urbanística que otorguen los planes a dichas franjas habrán de tener en cuenta las limitaciones de usos previstos en los artículos 31 a 34 del Anteproyecto, por lo que conviene señalarlo expresamente en el mismo como una expresión más de coordinación.

A este respecto, el artículo 65 del TRLSRM recoge, como criterio para clasificar como suelo no urbanizable de especial protección, la sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. Pero también admite el texto refundido citado la posibilidad de adscribir o vincular sistemas generales al suelo urbanizable a efectos de su obtención obligatoria y gratuita (artículo 102.1). Por lo tanto, habrá que estar a la clase de suelo en que se sitúen o discurran (artículo 25.2 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones).

En consecuencia, a través del planeamiento, los límites a las propiedades colindantes por razón de carreteras configuran el contenido del derecho de propiedad, sin que confiera, en principio, derechos indemnizatorios, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley estatal 6/1998: *“La ordenación del uso de los terrenos y construcciones no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes”*.

Una de las excepciones es, precisamente, la que de forma acertada contempla el Anteproyecto, en cuanto que serán indemnizables la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización (artículo 31.4). No obstante, las limitaciones impuestas por razón del dominio público viario podrían dar lugar a un supuesto indemnizable, por la restricción particularizada de aprovechamiento, cuando se trate de terrenos urbanos colindantes a la carretera, no susceptibles de reordenación de volúmenes, siempre y cuando la línea límite de edificación impidiera materializar un aprovechamiento ya patrimonializado (STS, Sala 3ª, de 13 de febrero de 2003); por el contrario, no se presenta dicha problemática en el caso de suelos urbanizables, dado que es factible la reordenación de volúmenes, y destinar zonas afectadas por los citados límites a usos compatibles (por ejemplo, zonas verdes); tampoco en los no urbanizables, pues el estatuto jurídico del propietario de esta clase de suelo no reconoce un derecho a edificar o a la transformación urbanística (artículo 74 TRLSRM).

4) Control preventivo municipal.

En esta vertiente dos son las cuestiones que se suscitan:

a) Por un lado el artículo 38 del Anteproyecto contempla el supuesto de construcciones ruinosas que puedan ocasionar daños al dominio público, estableciendo que la Consejería lo pondrá en conocimiento del Ayuntamiento que, en el plazo de quince días, deberá incoar el expediente de declaración de ruina o la demolición, en el caso de ruina inminente. Para acomodar dicha regulación a la legislación urbanística a la que se remite (224.4 TRLSRM), debería sustituirse el último párrafo por el siguiente:

“(...) En el plazo de quince días, la Corporación Local deberá incoar el correspondiente expediente de declaración de ruina, o si existiese urgencia o peligro en la demora, el Ayuntamiento dispondrá lo necesario para evitar los daños o el peligro para los ocupantes o terceras personas”.

b) El artículo 25.2 del Anteproyecto hace referencia a que las obras de construcción, reparación o conservación no están sometidas a licencia municipal, ni a ningún otro acto de control preventivo previsto en la legislación de bases de régimen local.

Dicho precepto, que se reproduce de la normativa estatal, debe acomodarse también a la normativa regional (artículo 223 TRLSRM) en los siguientes aspectos:

- La expresión “interés general” convendría sustituirla por la de “interés regional”.
- Debe dejarse a salvo el trámite de audiencia a los Ayuntamientos previsto en el artículo 21 del Anteproyecto (sin perjuicio de lo previsto en el artículo 21...).
- Debería estudiarse la conveniencia de informar al Ayuntamiento o Ayuntamientos afectados del comienzo de las obras, igual que se ha previsto en alguna norma autonómica de contenido similar (artículo 39.1 de la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía).

SEXTA.- Sobre la necesidad de urgente ocupación de los bienes en los procedimientos expropiatorios contemplados en el Anteproyecto.

Contiene el Anteproyecto dos preceptos en los que se entiende implícita la necesidad de urgente ocupación de los bienes correspondientes. El primero de ellos es el artículo 23.1, en cuya virtud la aprobación de los proyectos de carreteras implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación de los bienes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres. El segundo es el apartado 7 del artículo 34, según el cual, en la zona de servidumbre y en la comprendida hasta la línea límite de edificación, se podrá proceder a la expropiación forzosa de los bienes y derechos existentes, entendiéndose implícitas la declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación, siempre que estuviera aprobado un proyecto de trazado o construcción que la hiciera indispensable o conveniente.

Si bien la Comunidad Autónoma puede establecer tales declaraciones implícitas o genéricas de necesidad de urgente ocupación (art. 15.3 EAMU, en relación con el 149.1,18ª CE, en la interpretación dada por las SSTC 61/1997 y 164/2001), vinculadas a la aprobación de determinados proyectos, considera el Consejo Jurídico que, independientemente de sus efectos facilitadores de la acción administrativa, su excesiva extensión o generalización puede suponer en la práctica una verdadera subversión del sistema expropiatorio establecido por la legislación estatal.

Y es que, si el artículo 23.1 del Anteproyecto tendría precedentes (art. 8 LC y Ley castellano-manchega), la previsión contenida en el artículo 34.7 del Anteproyecto no tiene parangón en la legislación de carreteras estatal y autonómica. El precepto parte de reproducir el contenido del artículo 26 LC, que prevé la posibilidad de expropiar bienes comprendidos en la zona de servidumbre y hasta la línea límite de edificación. A tal fin, la legislación estatal dispone que se entiende implícita la declaración de utilidad pública, siempre que exista previamente un proyecto aprobado que haga indispensable o conveniente la expropiación.

Por ello, ninguna objeción cabe hacer a la declaración de utilidad pública ligada a la aprobación de los proyectos que justifique la expropiación de bienes situados en la zona de servidumbre y hasta el límite de las edificaciones. Por el contrario, sí cabe discutir la procedencia de la genérica declaración de necesidad de urgente ocupación, pues altera sustancialmente el régimen de la expropiación forzosa de tales bienes, toda vez que viene a desconocer la excepcionalidad que, de conformidad con el artículo 52 LEF, reviste la expropiación urgente. Carácter excepcional que, además, opera a favor de los particulares afectados, en la medida en que la declaración de urgente necesidad de ocupación justifica la desposesión de los bienes y derechos afectados sin el previo requisito del pago del justo precio, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento expropiatorio ordinario.

Y es que los notables efectos de la declaración de urgencia sobre la situación jurídica del particular sólo se justifican o legitiman por la concurrencia de determinados presupuestos cuya fiscalización constituye una exigencia ineludible de la regularidad del sistema, tal como viene exigiendo la jurisprudencia (por todas, STS, Sala 3ª, de 5 de diciembre de 2000).

Por otra parte, la declaración de urgencia que, *ex lege*, se pretende vincular a la aprobación de los proyectos de carreteras conllevaría una restricción añadida de las garantías de los eventuales interesados, quienes no podrían impugnar en la vía contenciosa dicha

declaración, pues ésta ya no se realizaría por acuerdo del Consejo de Gobierno (acto administrativo impugnado), sino por la Ley.

Además, el establecimiento de categorías genéricas de expropiaciones a las que automáticamente se aplica el procedimiento de urgencia, viola el carácter excepcional de ésta, que en el sistema diseñado por la LEF se refiere a proyectos concretos y no a géneros enteros. En este sentido, la doctrina ha criticado ampliamente que la previsión normativa de urgencia como sistema expropiatorio ordinario en determinados sectores, ha sido el mecanismo de expansión del procedimiento de urgencia, lo que también ha sido objeto de crítica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de marzo de 2002).

En consecuencia, y ante la ausencia de una justificación técnica suficiente de la trascendente innovación normativa que se pretende establecer, considera el Consejo Jurídico que procede modificar la redacción del artículo 34.7 del Anteproyecto en orden a adecuarlo a la LC, más respetuosa en este aspecto con el régimen general de la expropiación forzosa dibujado por la Ley que lo regula.

SÉPTIMA.- Protección de la legalidad y régimen sancionador.

El Capítulo V del Anteproyecto se divide en dos Secciones, dedicadas respectivamente a la “*Protección de la legalidad*” (arts. 39 a 41) y al “*Régimen sancionador*” (arts. 42 a 47).

1. Desde una perspectiva general, puede decirse que comprende los aspectos disciplinarios y represores frente a las contravenciones de la regulación establecida previamente en el articulado de la norma, siguiendo en este punto, en lo sustancial, la misma línea que se plasma en la normativa estatal (LC y RGC) y en precedentes leyes autonómicas en materia de carreteras, que en estos concretos aspectos no destacan por su rigor técnico y resultan incompletas, en comparación con otras ordenaciones sectoriales (así, por ejemplo, la ausencia de toda referencia en buen número de dichas leyes al régimen inspector, como sucede también en el Anteproyecto). En esta línea, el examen del Capítulo objeto de análisis pone de manifiesto que, en lo que atañe a los aspectos no estrictamente sancionadores o punitivos, es decir, en lo que puede calificarse como el restablecimiento de la legalidad y el orden físico y jurídico infringido por la comisión de una infracción, el Anteproyecto presenta una notable falta de precisión y buena sistemática, resultando incompleto en algunos extremos e inadecuado en otros, debiendo procederse, por ello, a una reformulación de la Sección Primera, para dotar a esta importante materia de la claridad y certeza que demanda el principio de seguridad jurídica.

2. En primer lugar, se advierte que el proyectado artículo 39 (denominado “*procedimiento previo de adecuación a la legalidad viaria*”), plantea problemas e incógnitas que han de eliminarse. Si se leen los apartados 1 a 4 de este artículo, se advierte que la configuración de dicho procedimiento (usualmente conocido como procedimiento de “*legalización*” de la obra o actuación de que se trate) como un procedimiento “*previo*” al sancionador, plantea el riesgo de que, una vez resuelto el procedimiento de legalización, la infracción de que se trate haya prescrito, pues ni la eventual orden cautelar de paralización o suspensión que se hubiera dictado, ni la incoación de dicho procedimiento de legalización tienen virtualidad jurídica para interrumpir el plazo de prescripción de las infracciones, ya que tal efecto sólo se produce, por imperativo del artículo 132.2 LPAC, con la notificación al interesado de la iniciación del procedimiento sancionador propiamente dicho. Y es de ver

que del proyectado artículo 39 se desprende que transcurriría un notable lapso de tiempo entre el descubrimiento de la existencia de la obra o uso no autorizado y el momento en que se incoase el procedimiento sancionador. Así, en el caso de que el interesado requerido al efecto no solicitase la legalización de su obra o actividad, dicho plazo podría ser de hasta cuatro meses (un mes para posibilitar la presentación de la solicitud y tres meses posteriores para incoar el procedimiento sancionador, según se prevé en los números 2 y 3 del artículo 39). Y, en el supuesto de que el interesado solicitase la legalización, el mencionado lapso de tiempo podría ser mayor, en el caso de que la resolución expresa de la Administración sobre la correspondiente solicitud de autorización excediera de los tres meses establecidos para esta materia en el Anexo del Decreto regional 17/2004, de 27 de febrero, por el que se regulan los plazos máximos para dictar y notificar resolución expresa en determinados procedimientos administrativos, y la Administración esperase a la resolución de dicho procedimiento de legalización para incoar entonces el sancionador. En este sentido, el riesgo de prescripción es especialmente intenso en el caso de infracciones leves (con un plazo de prescripción de 1 año, según el artículo 47.1 del Anteproyecto), si se tiene en cuenta, además, que el plazo prescriptivo se ha de computar desde la fecha en que hubieran indicios o signos externos reveladores de la realidad de la obra terminada, y no desde el momento en que esta última es conocida efectivamente por la Administración.

Las anteriores circunstancias explican que otras legislaciones sectoriales, como la urbanística, que contemplan un sistema de restablecimiento de la legalidad y sancionador como el que el Anteproyecto pretende (en el que la cuantía de la sanción depende de la previa determinación del carácter legalizable o no de la actuación en que consiste la infracción), regulan la materia previendo lo que denominan un “*expediente único*” (artículo 226 TRLSRM), en el que se insertan todos los procedimientos dirigidos a la protección de la legalidad, es decir: a) el eventual de suspensión cautelar de obras y actividades; b) el de restablecimiento de la legalidad (en el que, a su vez, se inserta el de legalización de la obra o actividad, cuando el interesado, en el plazo concedido al efecto por la Administración, solicita la preceptiva autorización de la que carecía), y c) el procedimiento sancionador propiamente dicho.

Dicha unidad de expediente tiende a procurar (aun cuando ello no se establezca como obligatorio) que, en la iniciación del mismo, la Administración acuerde la incoación simultánea de los tres procedimientos de referencia, sin perjuicio de establecerse, esto sí con carácter necesario, que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad debe resolverse previamente al sancionador. Con la indicada incoación simultánea, la Administración interrumpe el plazo de prescripción de la potestad sancionadora, al incoar también el sancionador. Tal proceder, ciertamente, supone que comience a transcurrir el plazo de caducidad de este último, pero se considera que ello es preferible a que se produzca la prescripción de la infracción. Además, el establecimiento de un plazo de caducidad de doce meses para el procedimiento sancionador, como prevé el Anteproyecto (art. 43.2), debe ser suficiente para poder resolverlo y notificarlo temporáneamente. Y esto sin contar, además, con el hecho de que tal plazo de caducidad habrá de considerarse interrumpido cuando se hubiera acordado la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento de legalización que el interesado hubiera iniciado (por concurrir, durante la tramitación de este último, alguno de los supuestos de suspensión previstos en el artículo 42.5 LPAC). Ello vendría justificado por la dependencia que el procedimiento sancionador tiene respecto del previo de legalización.

Quiere decirse con ello, como se apuntó al principio, que la Sección Primera del Capítulo objeto de análisis debería ser objeto de reconsideración, sirviendo como adecuada referencia la regulación contenida en el Capítulo III del Título VI TRLSRM; regulación que, con las debidas adecuaciones a la materia que nos ocupa, resultaría más completa y correcta que la proyectada. Asimismo, deben completarse y corregirse algunas cuestiones atinentes de modo específico al régimen sancionador.

Con este fin se realizan las siguientes observaciones, que dotarían a dicho Capítulo de una mejor sistemática y una regulación más adecuada en estos aspectos.

3. Sección Primera. Suspensión de actuaciones ilegales y restablecimiento de la legalidad viaria.

Esta Sección debería reformularse conforme con los siguientes criterios:

a) Debería comenzar con un precepto (análogo al artículo 226 TRLSRM) que estableciese que la vulneración de las prescripciones contenidas en la legislación regional de carreteras dará lugar a la iniciación de un único expediente, en el que se incoarán, en su caso, los procedimientos de suspensión cautelar de actuaciones ilegales, de restablecimiento de la legalidad infringida y el sancionador, debiéndose resolver los dos primeros con anterioridad, o simultáneamente, a la formulación de la propuesta de resolución del procedimiento sancionador.

b) A partir de lo anterior, cabría regular lo relativo a la paralización de obras y suspensión de usos no autorizados (es decir, lo previsto en el artículo 39.1 del Anteproyecto) y a la posible legalización de los mismos (lo previsto en el número 2 de dicho artículo), si bien no resulta correcto que se establezca que el plazo de 1 mes de que dispone el interesado para solicitar la legalización (o, en su defecto, para formular alegaciones, debería añadirse aquí) se compute desde la notificación de la orden de paralización o suspensión, como pretende ahora el artículo 39.2, pues es posible que la obra esté terminada y, por tanto, no haya nada que paralizar. Como señala el artículo 228.2, primer párrafo, TRLSRM, dicho plazo debe computarse desde la notificación de la incoación del expediente (en rigor, del procedimiento) de restablecimiento de la legalidad infringida, exista o no simultáneamente una orden de paralización de obras o usos.

c) Asimismo, resulta necesario que se establezca claramente el plazo de caducidad del procedimiento dirigido al restablecimiento de la legalidad infringida. Esta cuestión ha suscitado dudas en el ámbito urbanístico, pues en el TRLSRM no queda claro si dicho plazo ha de ser el mismo que el del procedimiento sancionador (doce meses); por ello, parece conveniente que el Anteproyecto establezca un plazo de caducidad específico para dicho procedimiento, que podría ser el mismo de doce meses que se prevé para el sancionador (aunque, por lo dicho anteriormente, la resolución del primero deba ser anterior a la de este último), teniendo en cuenta, al igual que se dijo anteriormente sobre el procedimiento sancionador, que tal plazo de caducidad se vería interrumpido en los casos en que se hubiera acordado la suspensión del procedimiento de legalización instado por el interesado, por concurrir en la tramitación de este último alguno de los supuestos de suspensión previstos en el artículo 42.5 LPAC. Ello será así porque, del mismo modo que el procedimiento sancionador depende de la previa resolución del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, la resolución de este último (ordenando en el mismo la Administración, en su caso, la demolición de lo construido o la cesación definitiva del uso de que se trate), depende, a su vez, de lo que aquella resuelva previamente sobre la legalización de las obras o usos, otorgando o denegando la autorización solicitada por el infractor.

d) Por otra parte, no resulta adecuado referirse en esta Sección, como pretende el proyectado artículo 39, números 2, último inciso, y 4, a la posibilidad de reducción de la infracción (en rigor, de la sanción), pues se trata de un aspecto atinente al régimen sancionador, no al de restablecimiento de la legalidad. En lugar de esa determinación, debería disponerse seguidamente (en línea con lo previsto en el artículo 228. 3º TRLSRM), que si la autorización no fuera solicitada en el referido plazo o, solicitada, fuera denegada, se procederá a dictar orden de ejecución de las operaciones necesarias para restaurar los terrenos a su estado anterior a la infracción, fijando los plazos oportunos, con apercibimiento de ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento (es decir, lo que, de forma asistemática, se proyecta ahora en el posterior artículo 41, primer párrafo, del Anteproyecto).

e) Las sugeridas prescripciones, que vendrían a regular los supuestos ordinarios de restauración de la legalidad infringida, podrían completarse después con la regulación que, ahora de manera asistemática, se contiene en los proyectados artículos 39.5 y 41, segundo párrafo; preceptos que se refieren a supuestos que podrían calificarse como especiales o extraordinarios en cuanto el restablecimiento de la situación alterada con la comisión de una infracción a la normativa sobre carreteras, pues en ellos se prevé una inmediatez en el restablecimiento de la situación alterada que excluye el que tenga que tramitarse y resolverse previamente el procedimiento de legalización de la obra o actividad de que se trate.

En efecto, si se examinan tales preceptos, se advierte que contemplan supuestos que, aun con tratamiento jurídico distinto, son afines en su excepcionalidad, lo que justifica que deban ser objeto de una regulación conjunta y más clarificadora que la que se deduce de su redacción y ubicación actual.

Así, el proyectado artículo 41, segundo párrafo, se refiere a actuaciones “*en el dominio público*” viario que “*constituyesen un peligro para la circulación*”, para establecer que la Consejería competente procederá a “*suprimir dicha actuación*” de forma “*inmediata*”, por cuenta del causante. Por su parte, en el artículo 39.5 se prevé el caso de actuaciones, ya no referidas a la zona de dominio público, que “*supongan un grave riesgo para la seguridad vial*”, para establecer en tal caso que la Consejería deberá requerir al interesado para que “*inmediatamente reponga las cosas a la situación anterior, sin perjuicio de adoptar, a costa del mismo, las medidas oportunas para el mantenimiento de la seguridad de la circulación*”.

Respetando lo pretendido por ambos preceptos, parece lógico que, en primer lugar, se disponga lo que se prevé en el artículo 41, segundo párrafo, es decir, que en el caso de que en la zona de dominio público de la carretera existan obras o usos no autorizados por la Consejería, que constituyan un peligro para la circulación, aquélla procederá por sí misma y de forma inmediata a suprimirlos. A partir de tal prescripción, lo pretendido en el artículo 39.5 (que debería ubicarse seguidamente) debe venir referido, por lógica contraposición, a zonas distintas de la de dominio público (señaladamente, las de servidumbre y de afección), en las que el régimen es distinto, ya que el supuesto de hecho es que las actuaciones no autorizadas supongan un peligro “*grave*” para la seguridad vial (“*grave riesgo*”), y lo que se habilita a la Consejería a realizar de modo inmediato, según se deduce, es a adoptar medidas meramente cautelares (“*medidas oportunas para el mantenimiento de la seguridad de la circulación*”), ya que quien está obligado “*inmediatamente*” a reponer las cosas al estado anterior a la actuación ilegal (es decir, sin posibilidad de esperar a lo que resulte de un previo procedimiento de legalización) es el propio particular.

En cualquier caso, sea o no lo anterior el sentido y alcance que pretende darse a los preceptos comentados, es necesario que su regulación se sistematice y se aclare de forma tal que no se susciten dudas innecesarias en esta materia. Debe tenerse presente, además, como criterio que debe presidir la aplicación de estos preceptos, que la inmediatez en la adopción de las medidas y obligaciones de restitución a que se refieren, en cuanto suponen una minoración de los trámites y garantías ordinarios (el procedimiento previo de legalización y el trámite de audiencia), ha de estar en justa proporción con el riesgo vial que se pretende eliminar.

f) Seguidamente, cabría incluir en esta Sección Primera la regulación que, sobre los “daños al dominio público viario”, se contiene en el proyectado artículo 40, que no merece especial observación.

g) Por último, parece necesario dedicar al menos un precepto al ejercicio de la potestad inspectora, del tenor del artículo 250 TRLSMU o similar.

4. En lo que se refiere al régimen sancionador, al que se dedica la Sección Segunda del Capítulo V, debe comenzar por señalarse, como ya se apuntó en el epígrafe anterior, que es éste el sitio adecuado para abordar lo que, en materia de reducción de sanciones, recoge el Anteproyecto en su artículo 39.4 y, por remisión a éste, en el inciso final del 39.2. En concreto, y dado que se trataría de excepciones a la imposición de las cuantías ordinarias de sanción, parece lógico que dicho régimen jurídico se incluyera en el proyectado artículo 44, en los términos que a continuación se indicarán.

Previamente a ello, en este artículo 44, y a renglón seguido de lo que ahora establece sobre las cuantías de las sanciones, y para respetar lo previsto en el artículo 131.2 LPAC, debería añadirse que, cuando el beneficio económico obtenido con la comisión de la infracción fuese superior a la sanción que hubiera de imponerse según dichas cuantías, la sanción deberá incrementarse hasta igualar a la de dicho beneficio económico. De igual modo, para ajustarse a lo establecido en el artículo 131.3, c) de dicha Ley, debe incluirse como criterio de ponderación en la imposición de las sanciones el de la reincidencia, en los términos allí previstos; ello sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá sobre la reincidencia como elemento o criterio configurador de nuevos tipos de infracciones.

En lo que respecta al fondo de la regulación propuesta en materia de reducción de sanciones, debe decirse que resulta injustificado que ésta se condicione exclusivamente, como se pretende, al mero hecho de que el infractor reconozca la “comisión de la infracción”, determinación que no tiene precedente en el ordenamiento autonómico comparado en la materia. Al contrario, los ordenamientos sectoriales en los que se ha previsto la posibilidad de reducción de sanciones, anudan tal beneficio a tres requisitos, que parecen plenamente razonables para que opere la reducción: a) conformidad del interesado a la sanción contenida en la propuesta de resolución (no a la mera comisión de la infracción, que puede ser indiscutible), b) pago voluntario de la sanción –reducida– en el plazo establecido en la resolución sancionadora, y c) compromiso, garantizado, de restablecer en plazo el orden infringido a la situación anterior a la comisión de la infracción, o de ajustar la situación a lo establecido en la autorización otorgada, si la actuación hubiera sido legalizada por la Administración mediante la oportuna resolución (que, precisamente por este motivo, ha de ser notificada previa o simultáneamente a la notificación de la propuesta de resolución del procedimiento sancionador, como se indicó en el epígrafe 3).

En este sentido, y análogamente a lo dicho en materia de restablecimiento de la legalidad infringida, resulta especialmente adecuado seguir la regulación establecida en este punto en el artículo 243.2 y 3 TRLSRM.

5. En lo que se refiere al listado de infracciones del Anteproyecto (artículo 42), se advierte que se ha copiado casi literalmente el establecido en la LC, sin que, en principio, quepa hacer objeción a esta técnica, si bien deberían revisarse los Capítulos previos para descartar que con tal proceder hubiera quedado sin tipificar la vulneración de alguna prescripción contemplada en el Anteproyecto y no en la LC, o viceversa. En cualquier caso, y como indicamos en nuestro Dictamen 188/2006 al Anteproyecto de Ley de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, debería tipificarse como infracción de carácter leve el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley que no esté tipificado como infracción grave o muy grave. Esta cláusula de cierre, común en muchas leyes, permitiría sancionar conductas que pudieran haber escapado del listado del artículo 42, siempre que la obligación de cuyo incumplimiento se tratase estuviera delimitada en el resto del articulado de la ley con el grado de concreción y certeza exigible a estos efectos sancionadores, conforme con la jurisprudencia constitucional acerca del principio de tipicidad (STC 242/05, de 10 de octubre), lo que sería una cuestión a determinar a la hora de la aplicación de la ley, a la vista del supuesto concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, y en concordancia con lo indicado sobre la potestad inspectora en el precedente epígrafe 3, g), parece necesario tipificar específicamente como infracción la obstrucción a la función inspectora, distinguiendo en su gravedad si tal conducta impide o no el ejercicio de la misma.

6. Especial comentario merecen las infracciones a que se refiere el proyectado artículo 42 en sus números 2, g) y 3, g). En el primero de ellos se tipifica como infracción grave *“haber sido sancionado por resolución firme, en dos o más ocasiones, por la comisión de una infracción leve”*; en el segundo, se considera infracción muy grave *“haber sido sancionado por resolución firme, en dos o más ocasiones, por la comisión de una infracción grave”*.

Conforme con la doctrina contenida en la STC 188/2005, de 7 de julio, que declara la inconstitucionalidad del artículo 27.3, j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (que incluía un precepto sustancialmente análogo a los comentados), los citados preceptos deben ser suprimidos, o modificarse su redacción pues, con la pretendida, se estaría castigando dos veces un mismo hecho sin existir fundamento jurídico distinto para ello; esto es, se estaría vulnerando el principio constitucional *“non bis in idem”*. Dicha doctrina constitucional ya fue puesta de manifiesto por este Consejo Jurídico en su Dictamen 189/2006, en relación con varios preceptos del Anteproyecto de Ley de renta básica de inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que, a su vez, tenían similar tenor que los ahora comentados.

Así, en dicha sentencia, el TC comienza por reconocer que *“es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia, presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de(l) injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer”*

(FJ 2, c). No obstante, añade el Tribunal que ello debe diferenciarse de supuestos en los que, como sucede con preceptos como el allí impugnado (y los ahora analizados), *“el legislador ha creado un tipo, administrativo o penal, autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio non bis in idem. Esta última forma de castigar la reincidencia por parte del legislador, al menos en el caso presente, trasciende, por tanto, y frente a lo que sostiene la Abogacía del Estado, lo que es un mero defecto en la técnica de legislar ajena al control de este Tribunal (...), para transformarse, eventualmente, en una lesión del principio non bis in idem, y, consecuentemente, del art. 25.1 CE”* (FJ 4).

Ello, pues, no significa que se proscriba utilizar la reincidencia como criterio que pueda justificar la previsión normativa de una infracción de mayor gravedad y la consiguiente aplicación de una sanción de superior entidad que la prevista e impuesta a hechos cometidos con anterioridad, pero tal posibilidad tiene como exigencia indispensable que la infracción que así se tipifique se refiera específica y necesariamente a la realización de una nueva conducta (en nuestro caso, sería a la tercera conducta infractora), de igual naturaleza que las ya sancionadas; es decir, que el tipo infractor no consista en la mera circunstancia (que no es, en rigor, un *“hecho”* nuevo) de haber sido sancionado el sujeto en varias ocasiones anteriores, pues ello no puede dar lugar, *“per se”* y sin más, a una nueva infracción, que es lo que se desprende de redacciones como la utilizada en los preceptos comentados y que lleva al TC a declarar su inconstitucionalidad, sin posibilitar, pues, una interpretación correctora de los mismos.

7. También debe ser objeto de comentario que el proyectado artículo 42.3, a) haya tipificado como infracción muy grave la realización de actuaciones entre la arista exterior de la explanación y la línea de edificación careciendo de autorización o incumpliendo alguna de las prescripciones impuestas en la otorgada. Con tal formulación se plantean dudas que deben ser eliminadas, pues el precepto se solaparía, al menos en parte, con los supuestos regulados en los artículos 42.1, a) y 2, a), que se refieren específicamente a actuaciones ilegales en zonas de dominio público, servidumbre y afección, calificándolas respectivamente como infracción leve o grave, según sean legalizables o no. Si se examinan otras leyes autonómicas, se advierte que, salvo alguna excepción, se reserva la calificación de muy grave para la realización de actuaciones ilegales en la plataforma de la carretera, o en el resto del dominio público viario cuando las actuaciones no sean legalizables y afecten a la seguridad vial (art. 46.5, a) Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de Carreteras de Cataluña); o bien la realización de actuaciones en zona de dominio público viario, de servidumbre o de afección cuando no sean legalizables y originen riesgo grave para la circulación (art. 45.1 Ley 7/1995, de 27 de abril, de Carreteras y Caminos de Extremadura), por citar dos normas destacables en este punto. En cualquier caso, debe aclararse el supuesto previsto en el comentado artículo 42.3, a), para diferenciarlo claramente de los supuestos contemplados en los artículos 42.1, a) y 2, a) del Anteproyecto.

OCTAVA.- Sobre las relaciones entre el Anteproyecto y la Ley 4/1997.

Tanto en la fundamentación técnica del Anteproyecto como en su articulado convendría tener más presente los dictados de la Ley 4/1997, en la medida en que tal disposición continuará en vigor una vez se apruebe la futura Ley de Carreteras.

En este sentido, se advierte una incidencia de la referida Ley sobre extremos regulados en el Anteproyecto tales como la explotación de las áreas de servicio, que el Anteproyecto se limita a remitir a su determinación reglamentaria, mientras que el artículo 16 de la Ley 4/1997 asigna al concesionario de la obra para la construcción y explotación de la carretera la gestión integral de todas las áreas de servicio y de todos los elementos funcionales de la carretera que se hubieren previsto en el proyecto de construcción, lo que condicionará el desarrollo reglamentario de la futura Ley, que no podrá desconocer tal reserva a favor del concesionario.

También, y como más adelante se expondrá, el artículo 21 de la Ley 4/1997, establece provisiones sobre las contribuciones especiales que podrían haber sido incorporadas al Anteproyecto, en la medida en que fijan criterios para la valoración del hecho imponible que resultarían valiosos en materia de carreteras.

Asimismo, las referencias contenidas en la Ley 4/1997 a la todavía vigente Ley 9/1990, deberán ser actualizadas en orden a adaptarse a la futura Ley, para lo que sería útil preverlo así en una nueva Disposición Final del Anteproyecto.

NOVENA.- Observaciones particulares.

1. Exposición de Motivos.

a) Deben citarse con mayor precisión los preceptos estatutarios que contienen los títulos competenciales que habilitan la actuación legislativa autonómica en materia de carreteras, con expresión de los apartados y subapartados del artículo 10 EAMU.

b) Al referirse al Título II del Anteproyecto, destaca en la regulación de los Planes de Seguridad Vial, la circunstancia de que hasta ahora no habían sido contemplados en la normativa regional, lo cual, como se dijo, no es del todo cierto, atendida la previsión del artículo 32 de la todavía vigente Ley 9/1990.

c) En el párrafo siguiente de la Exposición de Motivos existe un error gramatical que afecta al significado del párrafo, pues indica que se impone la coordinación “entre” la planificación en materia de carreteras, pero omitiendo el otro término o actuación llamado a coordinarse con tal planificación. Atendido el artículo 16 del Anteproyecto, parece que lo que se quiere expresar es la necesidad de coordinar la planificación en materia de carreteras y de seguridad vial que realizan las diferentes Administraciones Públicas implicadas.

d) Afirma el apartado IV de la parte expositiva que en materia de financiación no se contienen novedades de trascendencia respecto a la normativa actual. No puede compararse esta apreciación, toda vez que no sólo se introducen variaciones en el régimen de las contribuciones especiales que se pueden imponer, sino que, también, se procede a regular *ex novo* y detalladamente la colaboración financiera de los particulares (artículo 19 del Anteproyecto).

2. Artículo 3. Concepto de carretera y clasificación técnica.

Las importantes consecuencias que derivan de la clasificación de una carretera en uno u otro tipo de vía, susceptibles de afectar de forma esencial a los derechos de los titulares de las propiedades colindantes, aconsejan establecer una garantía formal consistente en la previsión de un procedimiento *ad hoc*, al modo del contenido en el artículo 9 RGC.

3. Artículo 4. Clasificación funcional: la Red Regional de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Debe homogeneizarse la denominación de la Red, pues frente a la expresión contenida en este artículo, que es reiteradamente utilizada a lo largo del texto (artículos 5, 8, 9, etc.) en el Anexo se lee “Red de Carreteras de la Región de Murcia”.

4. artículo 5. El Catálogo de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

a) Según el apartado 1, el Catálogo clasifica las carreteras y las adscribe a “las distintas categorías”. Dado que el Anteproyecto contempla una doble clasificación –técnica y funcional–, y en la medida en que el Catálogo contenido en el Anexo únicamente clasifica las carreteras conforme al criterio funcional, así debería precisarse en este artículo 5, modificando el último inciso del apartado 1 en términos similares a los siguientes: “clasificándolas funcionalmente al adscribir las a la red del nivel correspondiente”.

b) El apartado 3 del precepto constituye un trasunto del artículo 4.2 LC con las oportunas adaptaciones orgánica y sustantiva. Esta última atañe al concepto de “itinerario de interés regional”, que sustituye en el Anteproyecto la expresión “itinerario de interés general”, utilizada por la legislación estatal.

Nada impide a la Comunidad Autónoma considerar como criterio para la inclusión en el Catálogo de Carreteras de una vía que su itinerario sea de interés regional. Ahora bien, para dotar de contenido a tal previsión la Ley debe definir el concepto de “itinerario de interés regional”, al modo de lo que hace el legislador estatal en el artículo 4.3 LC respecto del concepto “itinerario de interés general”.

Dicho lo anterior, ha de advertirse que, cuando la legislación estatal establece como circunstancia habilitante para modificar la Red de Carreteras del Estado la consistente en construir nuevas carreteras integradas en un itinerario de interés general, lo hace porque esta característica integra el concepto mismo de carretera estatal, conforme al artículo 4.1 LC. Sin embargo, el concepto de carretera regional o de titularidad de la Comunidad Autónoma no incorpora la nota de integración de la carretera en un “itinerario de interés regional” (artículos 1 y 2 del Anteproyecto), sino que exige que su itinerario discorra íntegramente por el territorio de la Comunidad.

En consecuencia, bien se define el concepto de “itinerario de interés regional” y se incorpora a la caracterización de las carreteras de titularidad autonómica (así lo hace la Ley Canaria 9/1991, de 8 de mayo, artículos 2 y 3), o bien la modificación del Catálogo de Carreteras se habilita con ocasión de la construcción por la Comunidad Autónoma de nuevas carreteras cuyo itinerario discorra íntegramente por el territorio de la Región de Murcia (así, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 2/1990, de 16 de marzo, artículo 3).

5. Artículo 17. Medios de financiación.

El apartado 2 prevé la financiación de las actuaciones en la Red Regional de Carreteras mediante el establecimiento de contribuciones especiales “*en la forma y con los requisitos contenidos en la legislación vigente*”.

Con esta redacción, formalmente puede entenderse cumplido el requisito de reserva legal tributaria que afecta al establecimiento de los elementos esenciales de la contribución especial, toda vez que los artículos 25 a 31 del Texto Refundido de la Ley de Tasas,

Precios Públicos y Contribuciones Especiales, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, regulan los elementos esenciales del tributo. Ahora bien, quizás fuera más útil fijar tales elementos en la propia Ley de Carreteras, al menos algunos de ellos, posibilitando su mayor adecuación a las características de la obra a realizar. Y todo ello, por supuesto, sin perjuicio de remitir la regulación de aquellos elementos del tributo que no sean susceptibles de verse alterados por la especificidad de las carreteras a la legislación tributaria.

En cualquier caso, considera el Consejo Jurídico que debería actuarse sobre el precepto por dos vías. La primera, concretando la legislación a la que se remite, que parece no ser otra que la tributaria reguladora de las contribuciones especiales, contenida en el referido Decreto Legislativo; la segunda, completando la regulación general de los citados tributos con una regulación específica dirigida a adaptarla a las especiales características de las carreteras.

6. Artículo 18. Financiación de carreteras a explotar en régimen de gestión indirecta.

La cita de la Ley 4/1997 debe consignarse completa.

7. Artículo 19. Colaboración de particulares.

Frente a la regulación actual, que meramente prevé la posibilidad de esta colaboración (artículo 19.1, Ley 9/1990), el Anteproyecto establece un verdadero régimen de aquélla, asumiendo el establecido por el RGC en su artículo 46, si bien contempla como colaboración de los particulares una vía, la de instalación de elementos complementarios de las carreteras, que el reglamento estatal sólo prevé para fórmulas colaborativas entre Administraciones Públicas, de forma que sólo pueden acogerse a esta modalidad las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales para participar en la financiación de la construcción, conservación o mejora de carreteras estatales (artículo 44 RGC).

Al margen de las observaciones ya realizadas desde la perspectiva urbanística, se formulan ahora las siguientes consideraciones:

a) El hecho de que el apartado 1 sólo mencione tres formas de colaboración, puede llevar a interpretar que se trata de un *numerus clausus*, de forma que no quepa admitir ninguna otra colaboración financiera distinta de las allí expresadas. Si esa es la intención del redactor de la norma, debería expresarse de forma más tajante.

Ahora bien, de ser así, sería obligado interpretar que las aportaciones dinerarias a que se refiere el apartado 2, sólo podrán ser las correspondientes a alguna de las modalidades previstas en el apartado 1, singularmente, las necesarias para sufragar los costes de instalación de los elementos complementarios de la carretera, estableciendo una restricción inexistente en el régimen dibujado por el artículo 46 RGC.

b) Del mismo modo, la enumeración de los elementos complementarios de las carreteras que pueden ser objeto de financiación particular, parece ser meramente ejemplificativa, al usar la expresión “tales como”. De pretender limitar el tipo de elementos a los enumerados, debería indicarse así de forma expresa. Si, por el contrario, la intención es otra, para dejar abierta la tipología de elementos susceptibles de ser sufragados por los particulares, sería conveniente finalizar la enumeración con una expresión similar a la siguiente: “u otros elementos de naturaleza análoga”, al modo del artículo 44.2, h) RGC.

c) Debería establecerse, asimismo, que la modalidad de instalación a expensas de los particulares de elementos complementarios de las carreteras alcanzará únicamente a sufragar el coste de ejecución de tales elementos, los cuales deberán ser contemplados en los correspondientes proyectos de carreteras y cuya ejecución será objeto de la correspondiente licitación pública por parte de la Administración.

d) Las diversas modalidades de colaboración que consisten en una aportación dineraria, constituyen una clara excepción al principio de no afectación de los recursos de la Hacienda Pública regional (artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, TRLH), por lo que debería establecerse de manera expresa su carácter de ingreso afecto al fin determinado a que se destina.

e) El último párrafo del artículo, destinado a exigir la formalización de la colaboración mediante convenio, debería constituir un nuevo apartado, el 4.

8. Artículo 22. Información pública.

Respecto a la propuesta de regulación de este trámite se realizan las siguientes observaciones:

a) En relación con el alcance de las alegaciones debe citarse el interés regional, no su declaración de interés regional, puesto que esta última conlleva un procedimiento específico de aprobación, según el TRLSRM. También el Consejo Jurídico considera que no debe restringirse el alcance de la participación pública (“deberán versar...”), aunque se hayan previsto así en otras normas autonómicas, pudiendo redactarse de otro modo: (...) “versarán sobre las circunstancias que justifiquen el interés regional de la carretera y la concepción global de su trazado”. A este respecto ha de tenerse en cuenta que también pueden referirse las alegaciones a cuestiones medioambientales cuando se someta conjuntamente con el estudio de impacto ambiental.

b) En lugar de referirse a la aprobación del expediente de información pública, debería sustituirse por la aprobación del estudio informativo o del proyecto de trazado, en su caso.

9. Artículo 30. Zona de dominio público.

a) El apartado 7 establece un canon por el uso especial del dominio público viario o su ocupación. Para ello, transcribe el artículo 21.4 LC, si bien no lo hace en su integridad, pues omite la determinación de la base de fijación de la cuantía del gravamen y su tipo (artículo 21.4, cuarto párrafo, LC).

Adviértase que el apartado 7 del precepto objeto de consideración establece dos hechos impondibles diferentes. El primero lo constituye la ocupación de terrenos o la utilización con aprovechamiento especial de bienes de dominio público, en virtud de las autorizaciones reguladas en el Anteproyecto o concesiones de áreas de servicio; el segundo es la explotación por terceros de obras y servicios públicos relativos a las carreteras, que supongan el abono de contraprestaciones económicas por sus usuarios. De omitirse, como se omite en la redacción propuesta, la regulación sobre el tipo de gravamen y sobre la base para la fijación de su cuantía para el primero de los supuestos enumerados, podría interpretarse que le sería de aplicación el último párrafo del apartado, que establece la base para la fijación de la cuantía del canon, pero adaptada al segundo de los hechos impondibles, pues toma como referencia

el coste de obras e instalaciones que, sin embargo, pueden no existir en el primero de los supuestos, entre los cuales se encuentra la mera ocupación del dominio público.

Procede en consecuencia incorporar la regulación de la base de fijación de la cuantía del gravamen y el tipo de gravamen aplicable al primero de los hechos imposables descritos en el párrafo segundo del apartado 7.

b) El apartado 8 somete a autorización administrativa la realización de cultivos o jardines en terrenos de titularidad privada que, por no haber sido todavía objeto de expropiación o cesión, han quedado comprendidos en la zona “*destinada a ser*” de dominio público. Si algo cabe objetar a esta regulación es que trasluce una concepción del dominio público viario absolutamente incompatible con la existencia de titularidades dominicales privadas, de forma que, según se infiere de la expresión trascrita, la zona de dominio público de una carretera podría no existir hasta que se llevara a efecto bien la expropiación de los terrenos afectados, bien su cesión.

Sin embargo, la existencia de predios de titularidad privada en la zona de dominio público viario ha sido admitida por el Consejo de Estado en Dictámenes 1496/93 y 1602/95, que ha señalado además que esa propiedad privada no es incompatible con el establecimiento de limitaciones del conjunto de facultades dominicales, en beneficio del interés general que reviste la vía pública ni con que la demanialidad se manifieste en forma de control, basado en la afectación al uso público de la vía y su incidencia sobre el terreno colindante. Así se reconoce, de hecho, en la Disposición Transitoria primera, 2 RGC.

Por ello, considera el Consejo Jurídico que debe darse una redacción al precepto objeto de consideración que atienda a la posibilidad de que existan predios de titularidad privada enclavados en la zona de dominio público, sin diferir la existencia de dicha zona a la efectividad de la titularidad pública sobre los bienes afectados. Y es que la referida franja de protección nace por ministerio de la Ley, de forma que, existiendo una carretera de las contempladas en el Anteproyecto, existe la zona de dominio público, si bien, los bienes inmuebles afectados por ella no adquieren *ope legis* la condición de demaniales, sino que el reconocimiento de utilidad pública a efectos expropiatorios que la Ley comporta precisa de un acto singular de afectación (expropiación o cesión gratuita) que complete su incorporación al dominio viario, de tal forma que, en tanto no se hayan perfeccionado tales mecanismos de transmisión de la titularidad del bien, subsistirán las titularidades privadas, aunque con las limitaciones y cargas que habrá de soportar el particular por su ubicación dentro de la zona de dominio público.

10. Artículo 33. Fianzas.

Debe suprimirse el inciso “*salvo que se justifique la no incidencia de las obras o instalaciones en las zonas definidas anteriormente*”, pues de no incidir las obras o instalaciones en las zonas de protección de las carreteras, no es que no proceda la constitución de una fianza, sino que lo improcedente sería la autorización misma.

11. Artículo 34. Línea límite de edificación.

Esta línea presenta una evidente finalidad de protección de la carretera frente a actividades constructivas que pudieran resultar incompatibles con el uso y funcionalidad de las vías públicas. Por ello, atendido el interés general que reside en las infraestructuras viarias, cualesquiera reducciones de la distancia de esta línea límite respecto de la carretera han de

encontrarse plenamente justificadas y rodearse de las necesarias cautelas, en orden a evitar que esta figura de protección resulte inútil al fin a que se destina.

Bajo este prisma han de ser estudiadas las innovaciones que la regulación propuesta introduce y que mueven a las siguientes consideraciones:

a) El apartado 4 recoge la previsión contenida en el artículo 25.3 LC acerca de la posibilidad de establecer, en zonas o comarcas concretas, una línea límite de edificación inferior a la general, por razones geográficas o socioeconómicas, añadiendo ahora las de protección medioambiental.

Al margen de la ausencia de la más mínima justificación técnica en el expediente de la inclusión de esta última tipología de razones, que antes que reducir la línea límite de edificación más bien parece que podrían amparar su ampliación, el precepto propuesto tampoco reproduce la exigencia estatal de participación de las entidades locales afectadas, mediante su informe, omisión que no puede ser compartida por este Órgano Consultivo. Y ello porque la determinación de la línea límite de edificación incide de manera directa sobre las competencias urbanísticas que corresponden a los Municipios y que se extienden sobre todo el término municipal, no sólo sobre los tramos urbanos. En consecuencia, debería incorporarse la exigencia de informe previo de las Corporaciones Locales afectadas.

b) En las reducciones de la línea límite de edificación contempladas en los apartados 3 y 4, deberían establecerse cautelas adicionales que impidan que la minoración de la línea límite de edificación pueda determinar un detrimento en el uso y funcionalidad de la carretera, presente o futuro. En este sentido, si bien cabe valorar positivamente el límite que constituye la línea exterior de la zona de servidumbre, según lo dispuesto en el apartado 5, en la posibilidad de disminuir el límite de las edificaciones habrían de tenerse en cuenta, a modo de ejemplo, extremos tales como el planeamiento urbanístico (en la redacción actual sólo previsto en el apartado 3, pero no en el 4) de los municipios afectados o la planificación viaria (de todas las Administraciones) que pudiera determinar una futura ampliación o variación del trazado de las carreteras.

c) El apartado 6 reduce la línea límite de edificación en las variantes o carreteras de circunvalación que se construyan al objeto de eliminar las travesías de poblaciones a 50 metros frente a los 100 que contempla la legislación estatal (25.4 LC).

La única justificación de esta medida, según el expediente, se contiene en la memoria obrante a los folios 206 y siguientes, según la cual responde a “*el total incumplimiento en la práctica de los 100 metros en que se fijaba anteriormente*”. Considera el Consejo Jurídico que dicha motivación en absoluto justifica la minoración de la línea límite de edificación, sino que pone de manifiesto un inadecuado o insuficiente ejercicio de las funciones de policía por los órganos competentes, lo que, de corregirse, podría derivar en el estricto cumplimiento de las prescripciones legales, dejando sin fundamento la motivación alegada.

En todo caso, cualquier justificación de esta medida reductora de la línea límite de edificación debería atender a razones técnicas, más que fácticas, en orden a determinar la extensión más adecuada de la zona de exclusión de edificaciones, teniendo siempre como referencia el interés general presente en la adecuada defensa y uso de las carreteras.

Resulta muy significativa al respecto la STC 65/1998, cuyo FJ 16º señala que “*la defensa de las variantes o carreteras de circunvalación impone la necesidad de limitar la edificabilidad a lo largo de su trazado, pues de no ser así, la eventual edificación de su*

entorno podría terminar por hacer de la variante una nueva travesía, esto es, una vía de las mismas características que la que quiso eliminarse, precisamente, con su construcción". Asimismo, y en referencia a la distancia de 100 metros establecida por la LC, dirá que *"la fijación de esa distancia es ineludible a los fines de la mejor defensa de la variante (...) y que se ha cifrado en unos términos que no son claramente arbitrarios; antes al contrario, la distancia impuesta viene a coincidir (...) con la zona de afección prevista en el artículo 23.1 de la propia Ley 25/1988 para las autopistas, autovías y vías rápidas (...) el fin perseguido con la construcción de una variante o carretera de circunvalación, que no es otro que evitar las travesías por zonas pobladas, justifica suficientemente que, incluso cuando la variante sea una carretera convencional, la distancia del límite de edificabilidad se haga coincidir con la de la zona de afección de autopistas, autovías y vías rápidas"*.

12. Artículo 43. Procedimiento.

En el número 1, completar: *"...Reglamento del procedimiento para el ejercicio (...) 1398/1993, de 4 de agosto"*.

En el número 2, completar: *"El plazo máximo para la notificación..."*.

En el número 3, aclarar: *"...multa administrativa por los mismos hechos."*

13. Artículo 46. Competencia para la imposición de sanciones.

En el apartado 2, aclarar: *"indemnizar los daños y perjuicios causados al dominio público viario regional, cuyo importe..."*.

14. Artículo 48. Concepto y régimen jurídico.

A la hora de definir "tramo urbano" debe sustituirse la expresión suelo calificado como urbano, por la de suelo clasificado como urbano.

15. Artículo 50. Autorizaciones.

Sería conveniente establecer una salvaguardia de las competencias locales en la concesión de las eventuales licencias urbanísticas, que hubieran de ser otorgadas con posterioridad a las autorizaciones objeto del precepto, de conformidad con el artículo 216.4 TRLSRM.

16. Disposición Adicional primera. Actualización del Catálogo de Carreteras.

Entre los extremos a los que ha de afectar la actualización, debería incluirse también la referencia al comienzo y final de las carreteras, de forma coherente con el contenido del Catálogo establecido por el artículo 5.1 del Anteproyecto.

17. Disposición Adicional segunda. Referencia a las carreteras en instrumentos de ordenación del territorio o medio ambiente.

Sobre esta Disposición cabría hacer dos interpretaciones; la primera que su pretensión, cuando se haga referencia a una carretera en un instrumento de ordenación del territorio o medio ambiental, es la de entender que se hace a la zona de dominio público de la citada carretera. En tal caso, dicha interpretación no plantearía problemas siempre y cuando se aclarara en tal sentido. Sin embargo, de su redacción literal se desprende otra interpretación que podría restringir las propias previsiones del instrumento de ordenación del territorio o de medio ambiente de que se trate, al indicar que, cuando sobre una carretera exista alguna afección derivada de un instrumento de ordenación del territorio o medio ambiente (debería añadirse "de"), la referencia se entenderá que incluye la zona de dominio público, cuando la

afección del citado instrumento podría ser más amplia (por ejemplo, en el caso de reservas para futuras desarrollos viarios), sin que pueda condicionarse su propio alcance por esta equívoca equivalencia.

Además, en el caso de la primera interpretación, no se entiende por qué se excluye al planeamiento urbanístico (sólo se cita la ordenación del territorio y el medio ambiente); en todo caso, debe mejorarse la redacción (debe suprimirse la coma, tras “se entenderá”).

Por tanto, a la luz de lo expuesto, debe reexaminarse y clarificarse en el sentido de la primera interpretación.

18. Disposición Adicional Tercera. Actualización de la cuantía de las sanciones.

a) La referencia al artículo 43 debe hacerse al 44.

b) De conformidad con una consolidada doctrina jurisprudencial, es necesario que la Ley establezca el criterio (el Índice de Precios al Consumo o cualquier otro) a que se habrá de sujetar el Consejo de Gobierno en la actualización de la cuantía de las sanciones, dadas las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora.

19. Disposición Final segunda. Normativa o legislación supletoria.

Como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho emanado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU.

Es doctrina del Consejo de Estado que *“la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal”* (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En consecuencia, considera que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento. En aplicación de esta doctrina, debe suprimirse la disposición final segunda o, al menos, el inciso *“en lo que no se oponga a la misma”*, para dotar al precepto de una redacción que se limite a prever la integración del derecho regional con la legislación estatal en materia de carreteras.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias para la aprobación como Ley del Anteproyecto sometido a Dictamen.

SEGUNDA.- De conformidad con la Consideración Segunda, I, de este Dictamen, carece el expediente de documentos que debían incorporarse al mismo, singularmente los que acreditan la remisión del texto a todos los organismos que el Consejo de Gobierno consideró que debían ser consultados durante su elaboración. De no haberse llevado a cabo tal consulta, debe hacerse ahora de manera efectiva, pues, de lo contrario, el titular de la Consejería proponente no podría someter el Anteproyecto al Consejo de Gobierno para su tramitación como Proyecto de Ley.

TERCERA.- La conformación del Anteproyecto puede considerarse adecuada a las pautas habituales y formales de técnica normativa, a excepción de aquellos extremos puestos de manifiesto en la Consideración Segunda, II, de este Dictamen.

CUARTA.- De las Observaciones Generales se consideran de carácter esencial:

1. De corte competencial:

a) La necesidad de delimitar el objeto de la Ley, mediante la exclusión de las carreteras de titularidad estatal (Consideración Cuarta, 1).

b) La observación formulada al artículo 16, acerca de la coordinación de los Planes de Carreteras y de Seguridad Vial de las diferentes Administraciones (Consideración Cuarta, 4).

2. En relación con la afectación al contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, las consideraciones relativas a las cesiones de terrenos como forma de colaboración de los particulares en la construcción de las carreteras (artículo 19), conforme a lo indicado en la Consideración Quinta, III.

3. La necesidad de acomodar la redacción del artículo 38 a la legislación urbanística, conforme se indica en la Consideración Quinta, III.

4. La supresión del carácter urgente de la necesidad de ocupación referida a los bienes comprendidos en la zona de servidumbre y hasta la línea límite de edificación, que establece el artículo 34.7 del Anteproyecto (Consideración Sexta).

5. En relación con el régimen sancionador, las observaciones formuladas al artículo 42 en sus números 2, g) y 3, g), en aplicación de la doctrina constitucional acerca del *non bis in idem*, conforme a lo expuesto en la Consideración Séptima.

6. La necesidad de recabar el informe de las entidades locales afectadas para reducir la línea límite de edificación, en el supuesto contemplado en el artículo 34.4, de conformidad con la Consideración Novena, 11.

7. Sobre la supletoriedad del Derecho estatal, expresamente proclamada por la Disposición Final segunda, debe actuarse en los términos indicados en la Consideración Novena.

QUINTA.- 1. En relación con la planificación sectorial, se considera conveniente configurar el Plan de Carreteras de la Región de Murcia como un Plan de Ordenación Territorial, en los términos indicados en la Consideración Quinta, I.

En el mismo sentido, las observaciones que indican las específicas modificaciones a efectuar en los artículos 7, 11, 13.4 y 15 del Anteproyecto, en orden a hacer efectiva la referida asimilación entre el Plan de Carreteras y el instrumento de ordenación territorial.

2. Las demás observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 26/07.- Anteproyecto de Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres, y de Protección Integral contra la Violencia de Género de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Presidencia****Fecha: 28/02/07****Extracto de Doctrina**

1. *El Consejo Jurídico, como ha manifestado en reiteradas ocasiones (por todos, Dictamen nº 113/2003), es consciente de la dificultad que tiene la elaboración de la memoria económica en proyectos normativos como el presente, que contempla medidas que no van a generar un gasto de forma inmediata, sino que éste se manifestará de forma diferida en el tiempo –en tanto que precisa de actos concretos de aplicación que serán los que, en puridad, conlleven la aplicación de recursos económicos–, pero son precisamente tales características las que hacen mucho más aconsejable la emisión del citado estudio económico, dado que su finalidad es ilustrar sobre algunas de las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (artículo 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE establece.*

2. *La experiencia del Consejo Jurídico –obtenida del análisis de los informes de impacto de género que se han acompañado a los Anteproyecto de Ley y a los Proyectos de Decreto, que han sido objeto de Dictamen– permite afirmar la escasa efectividad material desplegada por la exigencia de dichos informes, que habitualmente han venido utilizando la fórmula consistente en una mera afirmación de ausencia de implicaciones sobre género (...). Pues bien, aunque la ley proyectada no constituye, a juicio de este Órgano Consultivo, el lugar idóneo para introducir una regulación detallada de los citados informes, sí que al menos debería contener las bases sobre las que establecer, vía reglamentaria, los extremos que han de guiar la confección de un informe que, superando la estereotipada fórmula de ausencia de implicaciones, incorpore un estudio que resulte eficaz atendiendo al fundamento de su exigencia.*

3. *El artículo 14 del texto constitucional consagra, pues, la no discriminación por razón del sexo, pero no se recoge en la CE precepto específico que exprese la especial protección que debería otorgarse a la mujeres como grupo objeto de discriminación, tal como se ha hecho con otros colectivos (juventud, art. 48; tercera edad, art. 50 o disminuidos psíquicos, art. 49). Ha sido el Tribunal Constitucional (TC) el que, en una interpretación sistemática de la interdicción de discriminación por razón de sexo, ha afirmado que el precitado artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. La doctrina constitucional ha ido diseñando medidas de tutela antidiscriminatoria que han evolucionado desde una concepción puramente formal de la discriminación por razón de sexo, hacia la admisión de actuaciones positivas como única forma de garantizar la igualdad, pues de enfrentarse la mujer en plano de igualdad con el hombre resultaría perjudicada por la situación de inferioridad en que se encuentra.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Anteproyecto de Ley objeto del presente Dictamen, que figura debidamente autorizado por el Consejero consultante, consta de una Exposición de Motivos, un Título Preliminar y cuatro Títulos más, en los que se distribuyen 64 artículos, además de una Disposición Adicional y cinco Disposiciones Finales.

La Exposición de Motivos, tras hacer una referencia a diversa normativa internacional y comunitaria, así como a los preceptos constitucionales y estatutarios en los que se basa el Anteproyecto, afirma que aunque en los últimos años se ha avanzado en la igualdad de hombres y mujeres, ésta dista todavía de estar conseguida. Por otro lado resalta el hecho de que la violencia de género constituye una de las lacras sociales más alarmantes de nuestra sociedad, ya que no sólo afecta la integridad física de las mujeres sino al reconocimiento de su dignidad, conculcando sus derechos fundamentales y socavando el principio básico de igualdad reconocido en la Constitución. Con la norma que se pretende aprobar se acomete la creación de un marco de desarrollo e implantación de políticas integrales para materializar el principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, y erradicar la violencia hacia esta última desde un enfoque integral y multidisciplinar.

El Título Preliminar (arts. 1 a 3) determina el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y los principios generales en los que se inspira, entre los que se señala, como pieza fundamental, el principio de transversalidad, que implica aplicar la perspectiva de género en las distintas fases de planificación y ejecución de todas las políticas públicas.

El Título Primero (arts. 4 a 15) establece las competencias, funciones y organización institucional básica que le corresponde a la Administración de la Región de Murcia. En el Capítulo I se fijan las funciones de las que dispondrá la Administración Regional para el cumplimiento de sus competencias en materia de igualdad; se determinan los órganos regionales para igualdad (el Instituto de la Mujer, el Consejo Asesor Regional de la Mujer, el Consejo Asesor Regional contra la Violencia sobre la Mujer, el Observatorio de Igualdad y las Unidades para la igualdad entre mujer y hombre); también se establece la obligatoriedad del informe sobre el impacto de género en la elaboración de las disposiciones de carácter general y en los planes de especial relevancia económica y social, que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno, y, finalmente, se regula el Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres. El Capítulo II está dedicado a la Administración Local, abordando las competencias, la organización y la planificación municipales.

El Título Segundo (arts. 16 a 39) regula las áreas de actuación en la igualdad de oportunidades. En sus seis Capítulos se refiere a la igualdad en los ámbitos laboral, de salud y atención social, de participación social, educación, cultura, deporte y medios de comunicación y nuevas tecnologías.

El Título Tercero (arts. 40 a 53) fija un conjunto de medidas integrales dirigidas a la sensibilización, prevención, asistencia y protección de las víctimas de violencia de género.

El Título Cuarto (arts. 54 a 64), bajo la rúbrica “Infracciones y Sanciones”, establece el concepto de infracción en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; señala los sujetos responsables; indica cuándo se ha de estimar la existencia de reincidencia; fija el criterio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones; regula la situación de concurrencia con otras infracciones; clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves; establece los órganos con competencia para sancionar; previendo, finalmente, que el procedimiento sancionador se determinará reglamentariamente.

La Disposición Adicional Única determina que en el plazo de un año las entidades locales elaborarán y aprobarán sus Planes Municipales de Igualdad.

La Disposición Final Primera establece que el Consejo de Gobierno desarrollará reglamentariamente la composición, organización y régimen de funcionamiento del Observatorio de Igualdad.

La Disposición Final Segunda modifica el artículo 75, apartado 1º, letra a), párrafo 1º del Texto Refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia para establecer un permiso de 10 días por nacimiento de un hijo.

La Disposición Final Tercera modifica el artículo 4 de la Ley 12/2002, de 3 de diciembre, de Creación del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia, para añadir a las funciones del Instituto de la Mujer la relativa al ejercicio de la potestad sancionadora en materias que puedan afectarle a su ámbito competencial.

La Disposición Final Cuarta modifica el artículo 53, apartado 1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, para establecer que los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto de género de las medidas que en él se establezcan.

La Disposición Final Quinta establece que la Ley entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Junto con el Anteproyecto de la Ley constan las siguientes actuaciones:

1. Memoria sobre la motivación técnica y jurídica, así como sobre la necesidad y oportunidad de promulgación de la norma.
2. Informe de Impacto de Género.
3. Estudio económico sobre la incidencia económica de la aplicación de la norma.
4. Certificados de los acuerdos adoptados por el Consejo Regional de la Función Pública y por los Consejos Asesores Regionales de Cooperación Local; de la Mujer; y contra la Violencia sobre la Mujer.
5. Certificado del Acuerdo del Consejo Rector del Instituto de la Mujer, relativo a la aprobación del borrador, así como a la propuesta de su elevación al Consejo de Gobierno.
6. Índice de documentos e informes evacuados en el trámite de consultas a diferentes Instituciones y Organizaciones.
7. Informe de la Directora del Instituto de la Mujer sobre el procedimiento seguido en la elaboración del Anteproyecto.
8. Informes de la Vicesecretaría de la Consejería de Presidencia.
9. Dictamen del Consejo Económico y Social.
10. Borrador de propuesta al Consejo de Gobierno para la aprobación del Anteproyecto.

TERCERO.- En la memoria justificativa se describen la situaciones de desigualdad que en los distintos órdenes (sociolaboral, educativo, de toma de decisiones) padece la mujer en

nuestra Comunidad Autónoma, haciendo especial hincapié en el hecho de que la violencia de género es un fenómeno que conculca los derechos fundamentales de la mujer y socava el principio básico de igualdad reconocido en nuestro texto constitucional. Del análisis que la memoria hace de la situación actual en materia de igualdad de oportunidades, se deduce la necesidad de una ley que posibilite el desarrollo e implantación de políticas integrales, con el fin de eliminar los obstáculos que impiden o dificultan aún el respeto al principio de igualdad de mujeres y hombres. Se pretende elevar a rango legal las políticas de igualdad incluidas en los diferentes planes desarrollados, así como implementar medidas de acción positiva innovadoras que permitan culminar el proceso emprendido en la lucha contra la desigualdad aun existente, posibilitando la erradicación de la violencia de género, como manifestación esencial de esta desigualdad.

CUARTO.- El informe sobre el impacto por razón de género, tras llevar a cabo un diagnóstico de la situación actual de la mujer en la Región de Murcia, distinguiendo entre los distintos ámbitos en los que se detectan actitudes discriminatorias (educación, mercado de trabajo y vida económica, toma de decisiones y violencia de género), efectúa una previsión de resultados esperados con la aplicación de la proyectada Ley, llegando a la conclusión del carácter positivo que ésta tendrá porque supondrá, en todo caso, un impacto transformador en las relaciones de género en esta Comunidad Autónoma.

QUINTO.- En el estudio económico se afirma que el presupuesto del ejercicio 2007 correspondiente al Instituto de la Mujer, contempla un incremento de un 13,78% respecto del ejercicio anterior, con cargo al cual se financiarán la mayor parte las medidas de acción positiva previstas en el anteproyecto, aunque también señala que dichas medidas afectarán a los créditos de otros centros directivos de la Administración Regional implicados en la materia, en virtud del principio de transversalidad.

En cuanto a los órganos que se crean, los Consejos Asesores no implicarán coste adicional alguno, dado que se encuentran ya funcionando, y los gastos a que dan lugar aparecen recogidos en el Capítulo II del Presupuesto del Instituto de la Mujer. El Observatorio de Igualdad es un órgano que se crea *ex novo* en el Anteproyecto, pero como su composición, organización y régimen de funcionamiento, se posponen a un posterior desarrollo reglamentario, no es posible determinar ahora el coste de su creación.

Algo similar se argumenta en lo que se refiere a los Planes de Igualdad. Los correspondientes a la Comunidad Autónoma vienen siendo ya contemplados en sus Presupuestos y, en lo que a los Locales respecta, tampoco es posible determinar en este momento el coste que supondrá la elaboración de estos Planes en los municipios que no cuenten con esta planificación.

Los gastos que generan las Agencias de Igualdad implantadas en los municipios, vienen siendo ya financiados, en parte, por las dotaciones del Presupuesto de la CARM, mediante las subvenciones nominativas dirigidas a Ayuntamientos de más de 50.000 habitantes, así como subvenciones en concurrencia competitiva para el resto de entidades locales.

Las actuaciones contempladas en el Título II en relación con diversas áreas (empleo, formación y conciliación de la vida laboral y personal; salud y atención social; coeducación, etc.), bien no suponen gasto adicional al que ya se viene ejecutando en estos momentos, bien no es posible cuantificarlo hasta que no se pongan en marcha los mecanismos previstos en el texto legal.

Se afirma también que las medidas integrales dirigidas a la sensibilización, prevención, asistencia y protección a las víctimas de violencia de género, entre las que destacan, por novedosas, la creación de Centros de Atención Especializada de Intervención Individual, así como la de un Fondo Económico de Emergencia, tampoco van a generar de forma inmediata un incremento de gasto.

Concluye el informe económico indicando que la entrada en vigor de la Ley que se pretende aprobar, no va a suponer inicialmente un aumento en los presupuestos de la Región de Murcia, ya que de una manera general se llevarán a cabo las diferentes acciones incluidas en el mismo a través de los recursos económicos de los que dispone el Instituto de la Mujer. Ante esta falta inmediata de repercusión económica, entiende la Consejería consultante que no es necesario adjuntar la Memoria Económica, a cuyo contenido mínimo se refiere la Orden de 6 de mayo de 1991, de la Consejería de Hacienda.

SEXTO.- En su informe la Directora del Instituto de la Mujer señala que se ha dado participación en la elaboración del Anteproyecto a las siguientes organizaciones e instituciones: CROEM; CC.OO; UGT; Federación de Mujeres de la Región de Murcia; OMEP; Federación de Mujeres THADER; Federación de Asociaciones de Mujeres de Lorca; AFFAMER Murcia; Federación Mediterráneo; Federación Regional de Viudas; Federación de Centros de la Mujer de Murcia; FÉMUR Murcia; Federación de Mujeres Vega del Segura; Cámaras de Comercio de Murcia, Lorca y Cartagena; UCOMUR; CECLOR; COEC; CSI-CSIF; STERM; Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistente Social; Colegio Oficial de Médicos; Colegio Oficial de Psicólogos; Colegios Oficiales de Abogados de Murcia, Cartagena y Lorca; Colegio de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología de la Región de Murcia. Formulan alegaciones las siguientes: Colegio de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología de la Región de Murcia; CROEM; UGT; FEDERACIÓN DE MUJERES DE LA REGIÓN DE MURCIA; GMPE (Organización de Mujeres Empresarias y Profesionales) y Comisión 8 de Marzo (firma la representante del CSI-CSIF).

Se contabilizaron un total de 138 sugerencias, de las que un 25%, aproximadamente, tuvieron que ser rechazadas por desbordar el ámbito competencial autonómico. El 75% restantes fueron tenidas en cuenta en la elaboración del Anteproyecto.

Una vez redactado el borrador del Anteproyecto de Ley, éste se elevó al Consejo Rector del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia, en sesión celebrada el 20 de febrero. Cabe recordar que en el Consejo Rector están representadas la totalidad de las Consejerías de la Comunidad Autónoma a las que, con anterioridad a la celebración de aquél, se les había remitido el borrador para que lo analizaran y alegaran aquellas cuestiones que consideraran oportunas o de interés.

Figuran incorporados al expediente informes de las Secretarías Generales de las Consejerías de Trabajo y Política Social y de Agricultura y Agua.

SÉPTIMO.- El Servicio Jurídico de la Consejería proponente, tras reproducir la diferenciación que entre “estudio económico” y “memoria económica” de una norma se contiene en un informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, concluye informando favorablemente el Anteproyecto y afirmando que no es precisa la memoria económica, puesto que del estudio económico realizado se deriva la inexistencia de un aumento en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ya que de una manera general se llevarán a cabo las diferentes acciones incluidas en él a través de los recursos

económicos de los que dispone el Instituto de la Mujer. Respecto al coste que puede suponer la creación del Observatorio de Igualdad y la dotación del Fondo de Emergencia, su cuantificación queda diferida al desarrollo reglamentario de la Ley.

OCTAVO.- El texto del Anteproyecto fue enviado al Consejo de Gobierno, que tomó conocimiento de él el 3 de marzo de 2006, acordando que se recabaran los siguientes informes:

a) Del Consejo Regional de la Función Pública, previo examen del texto por la Mesa General de Negociación.

b) Del Consejo Regional de Cooperación Local.

d) Del Consejo Económico y Social.

e) Del Consejo Jurídico.

NOVENO.- El Consejo Económico y Social (CES) evacuó su Dictamen el 28 de julio de 2006, en el que tras analizar el contenido del Anteproyecto concluye poniendo de manifiesto la valoración positiva que a dicho Órgano Consultivo le merece por considerar que la eliminación de las situaciones de desigualdad que afectan a las mujeres en nuestra sociedad constituye un reto ineludible para toda la sociedad y, en especial, para los poderes públicos, de acuerdo con el mandato contenido tanto en la Constitución como en el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia. Considera dicha Institución que la igualdad entre mujeres y hombres no es sólo una cuestión de justicia y respeto a los derechos humanos, sino también una necesidad para el desarrollo socioeconómico de nuestra Región, porque la incorporación del mayor número posible de mujeres a la actividad económica y social es un requisito imprescindible para profundizar en el desarrollo de la Región de Murcia, y en este sentido aconseja que se recoja una mención a este aspecto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. El CES valora también positivamente que se aborde de manera conjunta la problemática de la igualdad de mujeres y hombres y la violencia de género, porque el avance en la igualdad real de las mujeres y los hombres es sin duda el camino más seguro para conseguir que esa lacra intolerable que es la violencia contra las mujeres llegue a ser erradicada de nuestras sociedades. Merece, asimismo, un juicio positivo para dicho Consejo que se integre en el ordenamiento jurídico de nuestra Región, con el máximo rango normativo, la perspectiva de la transversalidad (*mainstreaming*) que la política de igualdad de hombres y mujeres requiere para poder ser efectiva. Igual consideración manifiesta el CES hacia el hecho de que el Anteproyecto incluya el principio de “acción positiva” como adecuado para hacer frente desde el ordenamiento jurídico a las situaciones de discriminación a las que se enfrentan las mujeres, de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

Ello no obstante, el CES considera que el Anteproyecto adolece de las siguientes carencias o aspectos que pueden mejorarse: a) falta de concreción en sus prescripciones normativas, lo que puede restar eficacia al sistema de promoción de la igualdad de mujeres y hombres que plantea; b) cierta debilidad del contenido normativo en algunas de sus disposiciones que se manifiesta fundamentalmente mediante la inclusión de preceptos que se limitan a repetir obligaciones o prohibiciones ya establecidas en otras normas o incluso en la propia Constitución; c) sistema sancionador de conductas que ya se encuentran tipificadas y sancionadas en otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que difícilmente cohonesta con el principio del *nos bis in idem*; d) inseguridad jurídica derivada de la falta de determinación de los supuestos de hecho de algunas infracciones, que impide que los destinatarios de

la norma puedan conocer de antemano cuáles son las conductas que se están prohibiendo y cuya realización lleva aparejadas consecuencias sancionadoras; e) ausencia en el Anteproyecto de medidas tendentes a crear un servicio público de recursos y servicios para la conciliación, que permitan que este derecho de trascendental importancia para la igualdad de mujeres y nombres pueda ser ejercido en igualdad de condiciones en todo el territorio regional; f) el Anteproyecto debería recoger el concepto de violencia de género que ofrece la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ya que de esta forma se permite una mayor sinergia entre las medidas que en ella se prevén, y que afectan a todos los poderes públicos del Estado, con las que se establecen en la norma que se pretende dictar; g) la colaboración de la Administración Regional con otras Administraciones prevista en el artículo 44 (fuerzas armadas y cuerpos de seguridad), debería completarse con la referencia a que la colaboración de la Comunidad Autónoma se extendiera también al poder judicial.

Respecto a dicho Dictamen se elabora por el Instituto de la Mujer un informe en el que se acogen algunas modificaciones puntuales hechas por el CES, al tiempo que razona las que se rechazan.

DÉCIMO.- El 20 de octubre de 2006 emite informe la Vicesecretaría, tras lo cual se recabó el Dictamen del Consejo Jurídico, y por Acuerdo núm. 17/2006, de 13 de noviembre, éste solicitó a la Consejería consultante que completara el expediente con la siguiente documentación:

1º) Dado el contenido de los artículos 30 a 33 y 43 del Anteproyecto, se advierte la preceptividad del informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia, a la vista de que el artículo 14.1.f) de la Ley 6/1998, de 30 de noviembre, de Consejos Escolares de la Región de Murcia, establece que tal Consejo será consultado preceptivamente cuando se trate de *“disposiciones (...) encaminadas a mejorar la calidad de la enseñanza, (...) y a compensar las desigualdades y deficiencias sociales e individuales, (...)”*.

2º) A la vista del artículo 36 del Anteproyecto, debe consultarse preceptivamente al Consejo Asesor de Deportes, regulado por el Decreto n.º 120/ 2002 de 4 de octubre, cuyo artículo 6,d) establece que corresponde a tal Consejo *“informar con carácter preceptivo cualquier disposición normativa promulgada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de deportes”*.

UNDÉCIMO.- Con fecha 16 de enero de 2007 (registro de entrada), se ha remitido al Consejo Jurídico la documentación complementaria que se indica seguidamente, reiterando la petición de nuestro Dictamen, e invocando razones de urgencia a los efectos del plazo para su emisión:

- Dictamen 3/2006, de 20 de diciembre de 2006, del Consejo Escolar de la Región de Murcia.
- Certificado del acuerdo adoptado en su sesión del día 14 de de diciembre de 2006, por el Consejo Asesor Regional del Deporte de la Región de Murcia, mediante el que se informaba favorablemente el Anteproyecto.
- Informes del Instituto de la Mujer sobre las sugerencias formuladas por ambos Consejos, con indicación de las que se acogían y de las que no se aceptaban, indicando, en este último caso, las razones en las que se fundamentaba su rechazo.

Junto con esta documentación la Consejería consultante envía nuevo informe de la Vice-secretaría, así como el texto del Anteproyecto resultante tras incorporar las modificaciones antes indicadas, a los que se une el extracto de la Secretaría y el borrador de acuerdo del Consejo de Gobierno para aprobación del Anteproyecto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

La Consejería consultante solicita, además, que se despache con carácter urgente, ruego que no es posible atender, no sólo por la cantidad de asuntos que penden de Dictamen ante este Consejo, sino también porque, dada la trascendencia y relevancia del Anteproyecto, el análisis del mismo no debe limitarse a un examen general del texto articulado y de su expediente. No obstante, sí se despacha el asunto con la celeridad que reclama el contenido del texto que se pretende aprobar.

SEGUNDA.- Marco normativo y competencial.

La igualdad de derechos entre mujeres y hombres se configura como una necesidad esencial para la sociedad democrática. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948, proclama en su artículo 2 la interdicción de discriminación por razón de sexo. Desde ese momento los distintos ordenamientos jurídicos han ido construyendo, lenta, pero inexorablemente, las bases imprescindibles para alcanzar el objetivo fundamental de la igualdad entre las mujeres y los hombres.

Por otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en el apartado 1 de su artículo 22, el deber de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y de trabajo, incluida la igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de valor igual; reconociendo a continuación (apartado 2 de ese mismo precepto), que el principio de paridad no obsta al mantenimiento o a la adopción de medidas que prevean ventajas específicas a favor del sexo menos representado con el fin de facilitarle el ejercicio de actividades profesionales; ventajas que no se consideran, pues, derogaciones del principio de igualdad, sino como una proyección de hecho del propio principio.

En el ámbito internacional resulta de obligada mención la Convención sobre la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979, en la que, partiendo del convencimiento de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, adopta un conjunto de medidas que tienen como fin contribuir al establecimiento de la igualdad real entre las mujeres y los hombres, a la vez que otorga legitimidad a las acciones positivas para superar la discriminación de las mujeres.

Por su parte el Derecho Comunitario, hasta que en la cumbre de Ámsterdam se reformaron el Tratado de la Comunidad Europea y el Tratado para la Unión Europea, contenía como única referencia, a nivel de Tratado la igualdad entre hombres y mujeres que se reconocía en el antiguo artículo 119 del Tratado CEE, concebida como igualdad salarial y regulada como principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. No obstante, esta regulación ha resultado ser durante décadas la cobertura jurídica de todo un despliegue de normas de Derecho Comunitario derivado, de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades y de Planes de Acción comunitarios a favor de la igualdad, ya sea en las condiciones del trabajo, en materia de seguridad social, respecto de las acciones positivas a favor de las mujeres, de la igualdad en la educación e, incluso, de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisión y de la promoción de la igualdad de oportunidades con relación a la participación en los Fondos estructurales europeos. En el Tratado de Ámsterdam, la igualdad cobra una dimensión jurídica singular, tanto por su contenido materialmente complejo (igualdad, no discriminación, acciones positivas), como por el hecho de que la igualdad esté ahora regulada en una norma jurídica comunitaria originaria, dotada de una posición jurídica superior a las normas de derecho comunitario derivado. A partir de esta nueva regulación, la igualdad entre mujeres y hombres se ha de considerar como una misión de la Comunidad (art. 2 Tratado CEE); como un objetivo que la Comunidad deberá fijarse en la ejecución de todas sus políticas (art. 3 Tratado CEE); y como una obligación de adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de sexo (art. 13 Tratado CEE).

Ya en el ámbito de la normativa estatal hay que reseñar, en primer lugar, a la Constitución Española (CE), que en el apartado 1 del artículo 1 proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. A su vez el artículo 14 contiene una declaración general de igualdad ante la ley, prohibiendo todo tipo de discriminación apoyada en circunstancias específicas, entre las que, de modo expreso, señala el sexo. Esta igualdad formal recogida en el citado precepto se ve completada con el artículo 9.2. CE que consagra la igualdad material, al obligar a los poderes públicos a adoptar las medidas positivas encaminadas a la consecución de una igualdad real y no meramente formal y jurídica.

El artículo 14 del texto constitucional consagra, pues, la no discriminación por razón del sexo, pero no se recoge en la CE precepto específico que exprese la especial protección que debería otorgarse a la mujeres como grupo objeto de discriminación, tal como se ha hecho con otros colectivos (juventud, art. 48; tercera edad, art. 50 o disminuidos psíquicos, art. 49). Ha sido el Tribunal Constitucional (TC) el que, en una interpretación sistemática de la interdicción de discriminación por razón de sexo, ha afirmado que el precitado artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. La doctrina constitucional ha ido diseñando medidas de tutela antidiscriminatoria que han evolucionado desde una concepción puramente formal de la discriminación por razón de sexo, hacia la admisión de actuaciones positivas como única forma de garantizar la igualdad, pues de enfrentarse la mujer en plano de igualdad con el hombre resultaría perjudicada por la situación de inferioridad en que se encuentra. Las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer se justifican a partir de una realidad objetivable de discriminación negativa. Fue en su sentencia 128/1987 cuando el TC declaró, por primera vez, la constitucionalidad de una acción positiva. A estas sentencias siguieron muchas más entre las que cabe destacar la 166/1998, de 26 de septiembre, en la que se declaró que del juego de los artículos 14 y 9.2 CE cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos

de los Poderes Públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material. En relación con los supuestos de discriminación positiva femenina, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha consagrado este principio en su sentencia de 11 de noviembre de 1997, en la que declara que la Ley de la Función Pública del Land Nordrhein-Westfalen (Alemania), que permite la preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor, no contraviene la Directiva del Consejo de 9 de febrero de 1976, que versa sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, pues a criterio del Tribunal no existe violación del principio de igualdad si, en aplicación de esta cláusula, los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona que se presenta, y estos criterios son anteriores y preferentes a la única razón del sexo femenino.

El artículo 9.2,b) del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, aprobado por Ley 4/1982, de 9 de junio (EA), en términos similares a como lo hace el artículo 9.2 del Texto Constitucional, establece que la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias y a través de sus órganos, velará por promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Además, en virtud de la modificación estatutaria operada mediante Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, las materias sobre las que la Región de Murcia ostentaba competencia exclusiva se ampliaron, incluyendo, entre otras, la correspondiente a la promoción de la mujer (artículo 10.Uno.20 EA). Hasta ese momento, las materias relacionadas con la mujer se entendían incluidas en el título competencial de asistencia social. La emancipación de este ámbito competencial posibilitó el inicio de un proceso encaminado a superar la tendencia a considerar las cuestiones relativas a las mujeres como propias de un sector social más entre aquellos comúnmente denominados “marginales”. El desarrollo de la mujer en situación de paridad con el hombre ha de partir de esta marginación como realidad social que hay que desterrar, pero las políticas en materia de mujer han de ser mucho más globales, promoviendo y garantizando la participación y representación del género femenino en los ámbitos cultural, social, político y económico, fines a los que se dirige el Anteproyecto cuyo objeto se concreta en la eliminación de las situaciones reales de discriminación en las que aún hoy está inmersa la mujer, entre cuyas manifestaciones más lamentable destaca la llamada violencia de género, es decir, aquella que sufre la mujer por el hecho mismo de serlo. De aquí cabe afirmar que el Anteproyecto objeto de Dictamen se inserta dentro de las competencias autonómicas exclusivas de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, a pesar de este reconocimiento estatutario de exclusividad, la CE reserva al Estado en varios apartados de su artículo 149 competencia exclusiva en diversas materias con incidencia en el objeto del Anteproyecto: condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª); bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16ª); legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª); las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18ª); normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social (art. 149.1.27ª); normas básicas para

el desarrollo del artículo 27 de la Constitución (art. 149.1.30ª); legislación procesal (art. 149.1.6ª); legislación laboral (art. 149.1.7ª).

En función de lo expuesto puede afirmarse que la Comunidad Autónoma ostenta competencia para legislar en materia de igualdad entre las mujeres y los hombres, y que esa competencia se fundamenta en el artículo 10.Uno.20. Asimismo el Consejo de Gobierno está facultado para adoptar la iniciativa legislativa, como le reconoce el artículo 30.1 del Estatuto de Autonomía, todo ello sin perjuicio de que los títulos competenciales estatales antes señalados puedan actuar como límite respecto de la competencia autonómica y, en tal sentido, deban ser ponderados con ocasión del examen de preceptos concretos.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de elaboración del Anteproyecto.

El procedimiento seguido para la elaboración del Anteproyecto ha sido el previsto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, a cuyas prescripciones se ha acomodado en términos generales, ya que se inició mediante la elaboración del Anteproyecto por el centro directivo competente al que se une una memoria que incluye la motivación técnica y jurídica, y se razona sobre su necesidad y oportunidad; consta el informe de impacto por razón de género; y, finalmente, existe también un estudio económico del Anteproyecto, con referencia a su coste y financiación. Posteriormente, se elevó el texto elaborado, acompañado de la documentación indicada, al Consejo de Gobierno.

El Anteproyecto se ha sometido a los informes preceptivos del Consejo Asesor Regional de la Mujer; del Consejo Asesor Regional contra la Violencia sobre la mujer; del Consejo Asesor de Cooperación Local; del Consejo Regional de la Función Pública; del Consejo Escolar de la Región de Murcia; del Consejo Asesor Regional del Deporte; y del Consejo Económico y Social.

No obstante, en relación con el informe económico, cabe formular las siguientes observaciones:

1ª. El citado informe debería recoger el cálculo del coste presupuestario que supondrá la entrada en vigor de la Ley que se pretende aprobar en el ámbito de toda la Comunidad Autónoma. No es correcto, pues, limitar ese análisis a uno solo de los Departamentos afectados, es decir, al que impulsa el proyecto, obviando el resto (Educación, Sanidad, Trabajo, etc.), que verán afectadas sus dotaciones presupuestarias al tener que hacer frente a las medidas que se prevén en la norma en cuanto afectan a sus competencias.

2ª. El Anteproyecto impone obligaciones que trascienden el ámbito de la Comunidad Autónoma, alcanzando tanto a otras Administraciones (la local), como a otros sectores de carácter privado. En este sentido el Consejo de Estado ha puesto reiteradamente de manifiesto la necesidad de que los estudios económicos aborden las repercusiones económicas que los nuevos regímenes normativos entrañan tanto para otros poderes públicos como para los agentes económicos afectados (Dictámenes núm. 1732/2002 y 1485/2004).

3ª. En el repetido informe económico se afirma que el coste de alguna de las medidas previstas en el Anteproyecto (creación del Observatorio de Igualdad y dotación del Fondo de Emergencia) sólo se podrá determinar cuando se lleve a cabo el desarrollo reglamentario de la Ley. El Consejo Jurídico, como ha manifestado en reiteradas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 113/2003), es consciente de la dificultad que tiene la elaboración de la memoria económica en proyectos normativos como el presente, que contempla medidas que no van a generar un gasto de forma inmediata, sino que éste se manifestará de forma

diferida en el tiempo –en tanto que precisa de actos concretos de aplicación que serán los que, en puridad, conlleven la aplicación de recursos económicos–, pero son precisamente tales características las que hacen mucho más aconsejable la emisión del citado estudio económico, dado que su finalidad es ilustrar sobre algunas de las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (artículo 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE establece.

CUARTA.- Observaciones generales al contenido del proyecto.

En relación con el contenido del Anteproyecto de Ley objeto del presente Dictamen, se han de formular las siguientes observaciones de carácter general:

1ª. Tal como se afirma en la Consideración Segunda del presente Dictamen, la competencia exclusiva que ostenta la Comunidad Autónoma para legislar en materia de igualdad entre las mujeres y los hombres, como manifestación trascendente de la finalidad última de promoción de la mujer, se puede ver constreñida –debido a la transversalidad del Anteproyecto– por la actividad normativa que el Estado haya desplegado en el ejercicio de los títulos competenciales que también como exclusivos le atribuye la CE. En este orden de cosas resulta de obligada mención el hecho de que en estos momentos se encuentre en trámite de aprobación el Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo, PLOI), cuya Disposición Final Primera establece que los preceptos contenidos en el Título Preliminar, Título I, Capítulo I del Título II, artículos 28 a 31 y disposición adicional primera constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles de conformidad con el número 1 del apartado 1 del artículo 149 CE. Determina, asimismo, los preceptos que tienen carácter básico de conformidad con los apartados 30, 16, 27, 18 y 17 del artículo 149.1 CE, y los que constituyen legislación laboral dictada al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución, legislación civil y mercantil (bajo la cobertura del artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución) y legislación procesal (de acuerdo con el artículo 149.1.6ª de la Constitución). Por su parte, la disposición final segunda establece que tienen carácter de ley orgánica las normas contenidas en las disposiciones adicionales referidas a la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vista la incidencia que este Proyecto estatal (una vez convertido en Ley) va a tener sobre las materias objeto de la norma cuyo Anteproyecto ahora se informa, razones de elemental prudencia aconsejan posponer la aprobación de esta última hasta el momento de entrada en vigor de la Ley estatal, con el fin de obtener la debida coordinación y complementariedad entre ambos textos, facilitando así la necesaria sinergia entre las actuaciones de todas las Administraciones públicas, única forma eficaz de lograr la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, objetivo común de las legislaciones proyectadas.

2ª. En línea con lo anterior, en materia de Función Pública, a la que el Anteproyecto dedica dos preceptos (el artículo 28.2, respecto a los órganos selectivos para el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo, y la Disposición Final segunda, por la que se modifica el artículo 75.1 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero), ha de tomarse en consideración que existe otro Proyecto de Ley, el del Estatuto Básico de la Función Pública (PEB), también en tramitación parlamentaria, susceptible de incidir en el futuro sobre las previsiones del Anteproyecto sometido a consulta.

En este sentido, y para ejemplificar lo expuesto, cabe ya advertir una contradicción entre la Disposición Final segunda del Anteproyecto y el PLOI. En efecto, la referida disposición persigue ampliar el permiso parental, que pasaría de los actuales dos o cuatro días, según que el nacimiento se produzca en la misma o distinta localidad de la del domicilio del funcionario, a diez días. Si bien en la actualidad tal es la duración del permiso de paternidad en la legislación estatal (artículo 30.1, letra a, Ley 30/1984, de 12 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública), lo cierto es que el PLOI, en su Disposición Adicional decimonovena, apartado seis, prevé que el referido permiso sea de quince días.

Del mismo modo, el PLOI introduce numerosas normas (Disposición Adicional decimonovena y artículos 55 a 64) que inciden sobre extremos sustanciales del régimen de los funcionarios públicos, tales como el acceso, la provisión de puestos, la formación, las situaciones administrativas y los permisos. Algunas de estas normas son calificadas por el Proyecto como básicas, otras tienen dicho carácter (así las modificaciones de los apartados 4 y 8 del artículo 29 de la Ley 30/1984, de 12 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública) aun cuando no se les atribuya dicho carácter de forma expresa, y otras, en fin, carecen de tal cualidad. Pues bien, el análisis detenido de estas normas, singularmente de las no básicas, podría desvelar la oportunidad, conveniencia o, incluso, la necesidad de incorporar tales previsiones al ordenamiento regional, en orden a alcanzar los fines perseguidos por el Anteproyecto. No obstante, la falta de certeza acerca del contenido definitivo de la futura Ley Orgánica, acentuada por la tramitación simultánea del futuro Estatuto Básico de la Función Pública, y la constatación de lo diverso de la regulación que ambos proyectos efectúan sobre las mismas realidades (v. gr. Disposición Adicional decimonovena, 13 PLOI vs. Artículo 49 PEB), aconsejan reiterar la conclusión alcanzada en la consideración precedente acerca de la conveniencia de posponer la aprobación como Ley del Anteproyecto sometido a consulta.

3ª. El texto objeto de Dictamen contiene numerosos preceptos excesivamente programáticos. Se trata de disposiciones que contienen declaraciones de buena voluntad, que señalan objetivos a alcanzar, pero sin especificar los medios para conseguirlos. Esta afirmación es fácilmente constatable si se analizan, entre otros, los artículos en los que se concretan las distintas áreas de actuación en igualdad de oportunidades (laboral, de educación, de participación social, etc), en los que pueden observarse mandatos excesivamente genéricos. Para que una ley como la proyectada –que pretende poner en práctica la transversalidad del principio de igualdad– resulte efectiva, exigiría haber introducido las correspondientes modificaciones en las leyes sectoriales que regulan los ámbitos sobre los que se pretende irradiar las políticas encaminadas a lograr la igualdad entre mujeres y hombres.

Esta ambigüedad normativa conlleva siempre una alta dosis de inseguridad jurídica pues deja amplios márgenes a la labor interpretativa; pero, en el supuesto que nos ocupa, esa inseguridad se ve agravada por el hecho de que el Anteproyecto prevea un régimen sancionador que tipifica como infracciones conductas que, en algunos casos, no se han concretado suficientemente.

4ª. Aunque tanto en el Título como en el artículo 1 (objeto) del Anteproyecto se afirme que la norma va dirigida a lograr la igualdad entre la mujer y el hombre, el enfoque del texto se orienta abiertamente hacia la mujer porque ella es de los dos sexos la que se encuentra actualmente en situación de discriminación. No es ésta, sin embargo, la opción del PLOI, que utiliza un criterio neutro al referirse al “sexo infrarrepresentado”, lo que permite un carácter bidireccional en la identificación del destinatario de las medidas preferentes de igualdad.

A este respecto el Consejo de Estado en su Dictamen 803/2006, emitido en relación con el PLOI, afirma que la neutralización que supone esta opción no es irrelevante a efectos de juicio de constitucionalidad de las medidas que en él se recogen. Se sugiere, pues, que en aquellos preceptos en que ello sea posible se sustituyan las referencias hechas a la “mujer” por otras que utilicen la expresión “sexo infrarrepresentado” o similar.

QUINTA.- Observaciones en relación con el Título.

El Anteproyecto, tras hacer referencia al reconocimiento constitucional del derecho de igualdad, tanto desde un punto de vista formal (art. 14), como material (art. 9.2), pone también de manifiesto el hecho de que la mujer sufre hoy en día una situación de discriminación que no se cohonesta con la declaración positiva de igualdad antes referida. Para combatir esta situación la norma en ciernes articula una serie de medidas de discriminación positiva a favor de la mujer, que tienen como finalidad última corregir situaciones de desigualdad de hecho, de modo que algún día se pueda conseguir la deseada paridad entre mujeres y hombres. Pues bien, como reiteradamente ha manifestado este Órgano Consultivo, el Título de una norma debe ser indicativo del contenido y objeto de aquélla, reflejando con exactitud y precisión la materia regulada; de ahí que –tal como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 803/2006, emitido en relación con el PLOI– resulte más adecuado intitular la norma de modo que se evidencie que su finalidad es conseguir esa igualdad de la que hoy se carece. Se propone, pues, que en el Título del Anteproyecto se sustituya la preposición “de” por la más apropiada “para”, o, si así se prefiere, por la expresión “para el fomento”.

Otra cuestión que suscita la leyenda del Título radica en la imposibilidad de que la Ley que se pretende aprobar sea, como se predica, “integral”. En efecto, tal como se ha indicado en la Consideración Segunda, la competencia exclusiva que la Comunidad Autónoma ostenta para legislar en materia de igualdad entre las mujeres y los hombres, en virtud de la habilitación que para ello le otorga el artículo 10.Uno.20 EA, se encuentra limitada por las competencias, también exclusivas, que el Estado ostenta en las materias que se han indicado en dicha Consideración. Por todo ello, se debe eliminar el término “integral” del Título.

SEXTA.- Observaciones en relación con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en relación con el objeto y ámbito de aplicación del Anteproyecto (artículos 3.9: 4.2, m); 23 y 60.c).

Conforme dispone el artículo 1 del Anteproyecto, éste tiene como objeto la promoción y consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y combatir la violencia de género, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma. Consecuentemente, el ámbito de aplicación de la futura Ley viene referido, en su artículo 2, a las actuaciones en materia de igualdad y contra la violencia hacia las mujeres.

A partir de estos objetivos básicos, la proyección del primero de ellos (el que se orienta a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres) sobre la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, trae como consecuencia que en el artículo 3.9 del Anteproyecto se establezca el principio de “corresponsabilidad, entendida como la asunción de responsabilidad por parte de los hombres en las tareas domésticas, el cuidado, la atención y la educación de los hijos e hijas, como acción indispensable para el reparto igualitario de las cargas familiares”.

Quiere decirse con ello que el objeto del Anteproyecto, si se pretende ser coherente con lo que dispone su Título Preliminar (que plasma, a su vez, la directriz básica de esta iniciativa legislativa, según viene explicada en su Exposición de Motivos), no es el de establecer

medidas para procurar, en general, la conciliación de la vida personal laboral y familiar, sino el más específico y propio de evitar la discriminación entre mujeres y hombres a la hora de conciliar dichas facetas de la vida.

La consideración de que el Anteproyecto se dirige a regular la conciliación de la vida personal, laboral y familiar como un aspecto más en el que debe proyectarse el principio general de igualdad, explica que en su mismo título no se incluya una referencia independiente a dicha conciliación, como materia propia y distinta de las allí expresadas. Por otra parte, resulta esclarecedor que el PLOI regule esta concreta materia conforme con los criterios expuestos. Así, dedica el Capítulo II de su Título IV a la “Igualdad y Conciliación”, para disponer en su artículo 44.1 que “los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares”. Ello no obsta, claro está, para que en otras normas, existentes o futuras (fundamentalmente, las relativas al empleo público y privado), los poderes públicos en cada caso competentes aborden o puedan abordar la conciliación de la vida familiar y laboral desde dicha perspectiva general (y, en consecuencia, que tal regulación se base en títulos competenciales distintos al que ampara la aprobación del Anteproyecto que ahora se dictamina).

De lo expuesto han de extraerse varias conclusiones que afectan al Anteproyecto:

a) En el artículo 3.9, debe sustituirse la expresión “reparto igualitario” de las cargas familiares por “reparto equilibrado” de dichas cargas, para ajustarse así a los términos que, previsiblemente, serán de obligado acatamiento por las Comunidades Autónomas una vez se apruebe dicha Ley Orgánica, al constituir su Título IV legislación laboral del Estado, según se dispone en la Disposición Final Primera, 3 de dicho Proyecto.

b) Por las mismas razones, en el artículo 4,m) del Anteproyecto debe precisarse que, en el marco de esta Ley, la competencia de la Administración regional se concreta en el “establecimiento y fomento de recursos y servicios para evitar toda discriminación entre mujeres y hombres en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar”, o expresión similar.

c) Debe suprimirse del proyectado artículo 23.1 lo establecido en sus letras a), d), e) y f), por tratarse de determinaciones generales en esta materia, no vinculadas con los objetivos propios del Anteproyecto.

d) Debe suprimirse el artículo 60,c), que tipifica como infracción grave “hacer derivar, por el empleador público y privado, perjuicios al trabajador o trabajadora que se acoja legalmente a cualquier medida que favorezca el cuidado de personas dependientes”. Si se acepta que con esta infracción se persigue impedir que se obstaculice ilegítimamente al trabajador, de cualquier sexo, en el disfrute de los derechos legalmente establecidos para cuidar a personas que dependan de él, y que con ello se pretende, a su vez, favorecer la conciliación de su vida laboral con la familiar (entendida ésta en un sentido amplio), tal determinación no sería propia de este Anteproyecto, al tener asimismo un alcance general, no vinculado con su objeto propio. Ello, además, sin perjuicio de indicar que, en la medida en que el presupuesto de hecho de esta infracción es la causación, a título de empleador, de perjuicios a otra persona, en calidad de empleada, se estaría ante una infracción en materia laboral, es decir, de una cuestión incardinable en el título competencial estatal exclusivo sobre legislación laboral, conforme con el razonamiento que en este punto se desarrolla seguidamente.

SÉPTIMA.- El Anteproyecto y la competencia estatal en materia de legislación laboral (artículos 21.3 a 6; 22; y 60, b).

Conforme señaló este Consejo Jurídico en su Dictamen 66/06, de 24 de abril, la STC 195/1996, de 28 de noviembre, entre otras posteriores, expresó que “las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título (se refería la sentencia al exclusivo del Estado sobre legislación laboral, previsto en el artículo 149.1.7ª CE), el cual ha de tenerse asimismo por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional ocupacional” (f.j.5), añadiendo más tarde que “en materia de legislación laboral (...), ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal” (f.j.6).

En la misma línea, cabe añadir que la STC 190/02, de 17 de octubre, recuerda que “la STC 35/1982, de 14 de junio, asigna al adjetivo laboral un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios”.

Por otra parte, ninguna duda ofrece que el establecimiento de determinaciones sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios colectivos de trabajo se inserta también en el título estatal relativo a legislación laboral, sin perjuicio de las facultades ejecutivas autonómicas sobre la normativa del Estado en esta materia (STC 102/91, de 13 de mayo), y a salvo la peculiar incidencia que sobre esta institución laboral se deriva del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias en materia de función pública, título este último que les permite incidir en cierta forma sobre la relación de empleo y las condiciones de trabajo en el ámbito público que les es propio; potestad que, en cambio, no tienen cuando se trata de relaciones laborales entre sujetos privados, íntegramente sujetas a la legislación laboral del Estado. Esta falta de competencia en materia laboral no queda enervada por el hecho de que las pretendidas determinaciones autonómicas en esta materia pueden estar ya establecidas en leyes del Estado, pues la repetición o no contradicción por parte de la legislación autonómica de determinaciones que sólo competen al Estado con carácter exclusivo, como es el caso de la legislación laboral, es un proceder contrario al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, como reiteradamente ha señalado el TC y este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes.

A partir de las precedentes observaciones, se advierte que el Anteproyecto incluye determinaciones que han de considerarse propias de la legislación laboral que compete al Estado y que, por ello, deben suprimirse, o bien modificarse, para delimitar adecuadamente el alcance de los preceptos en cuestión.

-Artículo 20.

Este artículo, a pesar de titularse “Planes de Empleo y Planes de Igualdad”, no contiene determinaciones relativas a estos últimos. La regulación de dichos planes, al menos si el precepto se refiere a los mismos planes de igualdad regulados en los artículos 45 a 47 del PLOI, es materia de índole laboral. Así lo demuestra el que la Disposición Adicional Decimoprimer, Dos, del citado PLOI modifique el Estatuto de los Trabajadores, para añadir un nuevo número 5 a su artículo 17 que, de aprobarse, dispondrá que “el establecimiento

de planes de igualdad de las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

Por ello, sin perjuicio de mantener las referencias a los planes de empleo, deberá incluirse la oportuna aclaración, en el sentido de que lo dispuesto sobre los mismos se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la legislación orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la laboral del Estado en materia de planes de igualdad de las empresas.

–Artículo 21.

Las prescripciones de este artículo que han de considerarse propias de la legislación laboral del Estado y, por tanto, suprimirse del Anteproyecto, son las siguientes:

a) En el número 3, la obligación que establece para las empresas privadas de garantizar la igualdad retributiva, a igual puesto y responsabilidad, entre hombres y mujeres. La referencia a las Administraciones Públicas debe limitarse a las de la Comunidad Autónoma, y es admisible en cuanto puede ampararse en el título autonómico en materia de función pública y no colisiona con la normativa básica estatal en la materia.

b) En el número 4, la referencia a las normas y convenios colectivos que regulan las condiciones de empleo en las empresas privadas, por los mismos motivos indicados.

c) Los números 5 y 6, por establecer determinaciones en materia de negociación colectiva, lo que supone abordar un aspecto de neto carácter laboral, como lo demuestra el que el ya citado PLOI aborde esta cuestión en su Disposición Adicional 11ª, Dos (con análoga finalidad que la del Anteproyecto), por la vía de modificar el artículo 17.4 del Estatuto de los Trabajadores, norma laboral por antonomasia.

–Artículo 22.

En sus números 1 y 2 se definen los conceptos de “acoso sexista” en el trabajo y “acoso sexual” en dicho ámbito laboral.

Dos observaciones deben hacerse al respecto:

a) En primer lugar, y por lo que se refiere a la definición de estos conceptos en su noción genérica, es decir, no asociados al trabajo, el Anteproyecto debería ajustarse a los términos que se establecen en el artículo 7 del PLOI tan citado, en cuanto este contiene unas definiciones de carácter general y uniforme, al dictarse dicho precepto al amparo del título competencial establecido en el artículo 149.1.1ª de la Constitución. Ello obliga, además, a sustituir la denominación de “acoso sexista” por la de “acoso por razón de sexo”, conforme con dicho artículo.

b) En concordancia con lo anterior, deberá modificarse la definición de acoso por razón de sexo en el trabajo, a que se dedica el número 1 del artículo 22 comentado: “el comportamiento, en el ámbito laboral, realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto...”, o formula similar.

El número 3 de este artículo establece que el acoso sexista tendrá la consideración de falta disciplinaria muy grave para el personal funcionario de la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86, b) del Texto Refundido de la Ley reguladora de la Función Pública regional. Este artículo tipifica como infracción toda actuación que suponga discriminación por razón de sexo, entre otras circunstancias. Resulta más adecuado, en términos de buena sistemática, que el Anteproyecto establezca en el artículo 22.3

comentado lo que prevé el artículo 7.3 del señalado PLOI, es decir, que se considerará en todo caso discriminatorio el acoso por razón de sexo. Con esta determinación quedaría clara la subsunción de estas conductas en el tipo infractor del artículo 86,b) de la norma sobre función pública, sin necesidad, pues, de realizar en el Anteproyecto una mención expresa a un precepto de una ley regional, que puede variar en el futuro.

En el número 4, y de acuerdo con la finalidad del artículo 22 que se deduce de su rúbrica, debería aclararse que el precepto se refiere a casos de “acoso en el trabajo, por razón de sexo, al personal al servicio de la respectiva Administración pública autonómica o local”, o expresión similar.

-Artículo 60. b).

La tipificación como infracción grave de “la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas que atenten contra el principio de igualdad de género” es una determinación propia de la competencia estatal en materia de legislación laboral, pues se pretende tipificar una infracción al orden laboral, para lo que las Comunidades Autónomas carecen de competencia. Debe notarse, además, que la Disposición Adicional Decimocuarta del PLOI, al modificar la vigente Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, incluye en esta última, como infracción merecedora de sanción administrativa (aparte la “sanción” civil de nulidad), las “decisiones unilaterales de la empresa” que impliquen discriminaciones directas o indirectas en esta materia (nueva redacción del artículo 8.12 de dicha Ley), es decir, que a estos concretos efectos no se sanciona administrativamente la actividad convencional colectiva.

OCTAVA.- Otras observaciones al resto del articulado del Anteproyecto.

I. Al Título Preliminar.

-Artículo 3.

El contenido del apartado 4 “Las actuaciones públicas y los comportamientos privados que sean discriminatorios son contrarios al ordenamiento jurídico”, constituye una regla de carácter general desarrollada por la doctrina constitucional, con ocasión de los enjuiciamientos que ha venido realizando sobre supuestos en los que se analizaba si determinadas conductas implicaban una discriminación por razón de sexo. Como tal principio general debe impregnar los que concretamente se recogen en el Anteproyecto, pero no debe consignarse como un principio autónomo en el que, además, faltaría concretar que la discriminación a la que se refiere es la que se ejerce por razón del sexo.

El apartado 5 preconiza “la eliminación de las discriminaciones tanto directas como indirectas, entendiéndose como directas cuando en análogas circunstancias una mujer reciba un trato desfavorable con respecto al hombre, e indirectas cuando una disposición, criterio o práctica pueda ocasionar una desventaja particular a una persona por razón de sexo”. Se observa que para definir la discriminación directa se ha optado por referirla sólo a la mujer, en tanto que para la discriminación indirecta el redactor de la norma se ha inclinado por utilizar una fórmula que presenta un carácter bidireccional en la identificación del destinatario. El Consejo estima –en consonancia con el comentario que se recoge en la primera de las observaciones de la Consideración Cuarta del presente Dictamen– que resulta más adecuada una formulación más neutral que permita aplicar la medida prevista a uno u otro sexo en función de cuál sea la situación más desventajosa.

La anterior observación se ve reforzada por el hecho de que tanto el PLOI (art. 6) como la Directiva del Consejo 2004/113/CEE, de 13 de diciembre de 2004 (art. 2), recojan unas definiciones de discriminación, directa e indirecta, que hacen referencia a la situación en que una persona (sin concretar género) haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo.

A partir de las precedentes consideraciones, las definiciones que se contienen en el presente artículo sobre discriminación directa e indirecta, deben reformularse de modo que se adecuen a las que sobre los mismos conceptos se reflejan en el PLOI y en la Directiva 2004/113/CEE.

II. Al Título I. Competencias, funciones y organización institucional básica.

Capítulo I. De la Administración Regional.

Sección 1ª. Competencias

–Artículo 4.

En su apartado primero afirma que corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la competencia legislativa, la de desarrollo normativo y la ejecución en materia de igualdad de mujeres y hombres. Pues bien, la atribución de estas competencias se encuentra ya sancionada al máximo nivel jerárquico (Constitución y Estatuto de Autonomía), no requiriendo nuevas corroboraciones jurídicas que, además, no tienen el rango ni la cualificación necesaria para ello, porque no forman parte del conjunto normativo integrante del llamado bloque de constitucionalidad, único capaz de atribuir competencias.

El apartado segundo, en el que se concretan las funciones a través de las cuales la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia hará efectivas sus competencias en materia de igualdad entre mujeres y hombres, es una copia casi literal del artículo 5 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, de Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco. El Consejo sugiere que se proceda a revisarlo en su totalidad con el fin de adaptarlo a las características de nuestra Comunidad Autónoma (v.gr. no existe una administración intermedia entre la autonómica y la local, circunstancia que sí se da en el País Vasco, en el que estas dos administraciones coexisten con la foral de los territorios históricos).

La letra k) de este mismo apartado atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia para el establecimiento de los requisitos y las condiciones mínimas básicas y comunes, aplicables a la homologación de entidades para prestación de servicios en materia de igualdad entre mujeres y hombres, sin que en este precepto ni en el resto del Anteproyecto, se aclare la naturaleza de estas entidades, su composición, funciones, y demás determinaciones necesarias para su configuración básica mínima que resulta necesaria para el posterior desarrollo reglamentario de la previsión legal. Por otro lado, debía clarificarse en qué consiste dicha homologación, así como sus posibles consecuencias jurídicas.

Sección 2ª. Órganos y unidades regionales para la igualdad.

–Observaciones generales.

a) El título de las distintas unidades en las que puede dividirse una norma debe ser siempre indicativa de su contenido, premisa que no se cumple en esta Sección 2ª, pues se omite la referencia a los informes sobre evaluación previa del impacto en función del géne-

ro, aspecto regulado en el artículo 10, precepto que, sin ninguna fortuna sistemática, se ha incluido en esta Sección. Debería considerarse la opción de desdoblarse la presente unidad de división en dos Secciones o, en su defecto, cambiar su denominación por la de “Organización e información sobre evaluación previa del impacto en función del género”.

b) El Anteproyecto hace referencia a la existencia de dos órganos consultivos, el Consejo Asesor Regional de la Mujer (creado por Orden de la Consejería de Presidencia de 11 de febrero de 2005) y el Consejo Asesor Regional contra la Violencia sobre la Mujer (creado por Decreto núm. 30/2005, de 17 de marzo). Guarda, sin embargo, silencio en relación con otros dos órganos también presentes en el ámbito en el que va a desplegar su eficacia la norma proyectada. Éstos son, el Consejo Técnico Consultivo en materia de Mujer (creado por Decreto núm. 1/999, de 14 de enero) y la Comisión Delegada del Consejo de Gobierno para las políticas públicas en materia de mujer (creada mediante Decreto núm. 152/2003). Resultaría adecuado un pronunciamiento expreso sobre la pervivencia de estos órganos.

–Artículo 10.

Bajo la denominación de “Informes de impacto de género” este precepto establece lo siguiente:

“Los proyectos de disposiciones de carácter general deben acompañarse de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se contemplen en las mismas, en los términos establecidos en la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Los planes de especial relevancia económica y social que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno deberán incorporar, así mismo, un informe sobre su impacto por razón de género”.

Para lograr la efectividad de esta previsión se lleva a cabo, a través de la Disposición Final Cuarta, una modificación de la Ley 6/2004, introduciendo un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 53, mediante el que se impone la obligación de que los reglamentos se acompañen de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que en ellos se establezcan.

Sin perjuicio del específico comentario que se hace al contenido de la Disposición Final cuarta, en sede del precepto que ahora nos ocupa cabe efectuar las siguientes consideraciones:

1ª. La Comisión de la Unión Europea, ante la constatación de que decisiones políticas que en principio parecen no sexistas pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó una comunicación sobre la transversalidad o “mainstreaming” como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias. En este marco se promulga la Ley estatal 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, que supuso la modificación de la redacción de los artículos 22.2 y 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de imponer la obligación de incorporar a los expedientes de tramitación de los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de ámbito estatal, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas en ellos contenidas. Pues bien, al carecer la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de normativa regional específica venía apli-

cando supletoriamente la del Estado y, por tanto, acompañaba a sus proyectos normativos (anteproyectos de ley y proyectos de reglamento) el citado informe. Sin embargo, la Ley 6/2004, sólo recoge tal necesidad en el artículo 46 al afirmar que los anteproyectos de ley irán acompañados “de un informe del impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo”, sin que tal previsión se reproduzca en el artículo 53, precepto destinado a regular el procedimiento de elaboración de los reglamentos. Esta omisión supone que los reglamentos que se aprueben en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma no cuentan con una evaluación del impacto de género de las medidas en ellos contenidas, lo que resulta, al menos, llamativo, si se tiene en cuenta que son las normas reglamentarias las que debido a su mayor grado de desarrollo y concreción, inciden más directamente en los ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, de roles, etc.) y, por lo tanto, son más susceptibles de generar consecuencias negativas no intencionadas que, de algún modo, puedan favorecer situaciones de discriminación. Por estas razones el Consejo Jurídico valora positivamente que el Anteproyecto venga a colmar la carencia de la Ley 6/2004, que en este sentido cabría apreciar y que había sido puesta de manifiesto por este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 42/2006.

2ª. La experiencia del Consejo Jurídico -obtenida del análisis de los informes de impacto de género que se han acompañado a los Anteproyecto de Ley y a los Proyectos de Decreto, que han sido objeto de Dictamen- permite afirmar la escasa efectividad material desplegada por la exigencia de dichos informes, que habitualmente han venido utilizando la fórmula consistente en una mera afirmación de ausencia de implicaciones sobre género. Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por el Consejo Jurídico en reiteradas ocasiones. Así, en el Dictamen núm. 81/2004, se afirmaba que la mera afirmación de ausencia de implicaciones de género, resulta insuficiente en orden a cumplir la finalidad exigida por la Ley del Gobierno -que en aquellos momentos se aplicaba supletoriamente, en defecto de normativa propia- de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no debían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación. Sin embargo, también constataba el Consejo Jurídico la ausencia de protocolos que marcaran los concretos extremos que han de guiar esa reflexión previa sobre la disposición proyectada, de modo que pueda concluirse sobre el impacto que su contenido pudiera tener desde una óptica de género; y en el Dictamen núm. 132/2004 se llamaba la atención sobre el hecho de que la cuestión clave en relación con este informe sobre impacto de género se concretaba, precisamente, en cómo se realiza un informe que evalúe el impacto por razón de género en las medidas que se establezcan en un proyecto normativo, y en este sentido se afirmaba que en el esclarecimiento de esta cuestión ayuda la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003 al referirse a una “Guía para la evaluación del impacto en función del género” elaborada por la Comisión de la Unión Europea, añadiendo que fue diseñada por dicho organismo para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias; y aunque esta Guía tenga, como dice el Consejo de Estado en su Memoria del ejercicio 2003, un carácter interno, “la cita que de ella hace nuestro legislador permite entender que los elementos conceptuales (la diferencia entre sexo y género, la diferencia entre igualdad formal e igualdad real o el principio de transversalidad) e instrumentales contenidos en esa Guía pueden ser útiles a efectos de interpretar la exigencia impuesta por dicha Ley y para dar indicaciones a los respectivos Departamentos ministeriales sobre el modo de elaborar el informe de evaluación del impacto de género”.

Pues bien, aunque la ley proyectada no constituye, a juicio de este Órgano Consultivo, el lugar idóneo para introducir una regulación detallada de los citados informes, sí que al menos debería contener las bases sobre las que establecer, vía reglamentaria, los extremos que han de guiar la confección de un informe que, superando la estereotipada fórmula de ausencia de implicaciones, incorpore un estudio que resulte eficaz atendiendo al fundamento de su exigencia.

3ª. Introduce el Anteproyecto, de semejante forma a como lo ha hecho el PLOI, la exigencia de que los planes de especial relevancia económica y social que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno, se acompañen también de un informe sobre su impacto por razón de género. La imprecisión de la expresión “especial relevancia económica y social”, hace albergar a este Consejo Jurídico (al igual que se las suscitó el PLOI al Consejo de Estado) serias dudas sobre su aplicación.

II. Al Título II. Áreas de actuación en igualdad de oportunidades.

– Capítulo III: Participación Social.

El presente Capítulo agrupa tres artículos (27,28 y 29) en los que lleva a cabo una regulación errática y confusa mediante la que, al parecer, pretende garantizar la igualdad de las mujeres en lo que respecta a su participación socio política. Sin embargo, esta finalidad no se ve adecuadamente reflejada ni formal ni materialmente, así:

a) La rúbrica del Capítulo sólo se refiere a la participación social, obviando la vertiente política. Se sugiere, por tanto, modificarla con el fin de que sea comprensiva de ambos aspectos.

b) En el artículo 27 “Objetivos generales”, se contiene una afirmación programática, más propia de la parte expositiva de la norma, y que, además, incluye otros ámbitos de actuación distintos a los propios de este Capítulo (v.gr. hace referencia a las actividades de promoción para lograr una participación plena de la mujer en la vida cultural, idea que vuelve a repetir en el artículo 35, ya en sede del Capítulo V dirigido a regular el área de cultura).

c) El artículo 28 anuncia en su título una regulación sobre la participación (de mujeres) en órganos directivos y colegiados, que luego no encuentra su reflejo en el desarrollo del precepto. Para subsanar esta deficiencia, el Consejo Jurídico propone la siguiente o similar redacción de este precepto: “La Administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia garantizará, en cumplimiento de la presente Ley, que no se producirá discriminación por razón de sexo en la designación de las personas para constituir o formar parte de sus órganos, sean éstos superiores, directivos o colegiados”. En cualquier caso, esta norma, como tantas otras del Anteproyecto, suscita serias dudas sobre su operatividad al no establecer las medidas concretas de las que se serviría la Administración para hacer efectiva la interdicción de discriminación a la que le obliga la Ley. Entiende este Órgano Consultivo que una regulación similar a la que se contiene en el Capítulo II del PLOI, mediante la que se establece la necesidad de tener en cuenta el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de la Administración General del Estado, hubiese resultado más efectiva. De este modo lo han entendido otras Comunidades Autónomas tales como la del País Vasco, que en el artículo 23 de su Ley4/2005, dirige un mandato a los poderes públicos vascos para que promuevan una presencia equilibrada de mujeres y hombres en la designación de las personas que hayan de integrar sus órganos.

d) No resulta necesario explicitar la obligación que establece el apartado 2 del artículo 28, en relación con la obligación de los Tribunales y de las comisiones de selección o de valoración, para que en el ejercicio de sus funciones velen por el estricto cumplimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres, porque esta obligación ya viene impuesta para cualquier actuación que despliegue la Administración en virtud de la prohibición de la discriminación por razón de sexo que contiene el artículo 14 CE. De otra parte, resultaría conveniente que el redactor de la norma tuviese en cuenta que el PLOI recoge en su artículo 51 (de carácter básico) el deber de todas las Administraciones Públicas de promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración, y, en consecuencia, se plantease la posibilidad de dar nueva redacción al precepto cuyo comentario nos ocupa, incorporando la necesidad de que la Administración autonómica procure la efectividad del principio de igualdad en la composición de estos órganos.

–Capítulo IV: Coeducación.

En este Capítulo se establecen una serie de medidas tendentes a lograr, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, un sistema coeducativo de enseñanza, basado en la igualdad entre sexos.

En materia educativa nuestra Comunidad ostenta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 EA, la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

En este sentido nada cabe objetar a la regulación sustantiva que se recoge en estos preceptos, en tanto que se atiene al ámbito competencial autonómico. No obstante, el texto parece ignorar no sólo el PLOI –lo que no resulta obligado puesto que aún no ha sido aprobado– sino también aquellos preceptos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación que regulan aspectos relacionados con la materia objeto del Anteproyecto (artículos 17, 23,e), 33, c), Disposición adicional cuarta, Disposición adicional vigésimo quinta, entre otros), algunos de ellos (de los citados, todos) legislación básica, a cuyos términos deberá acomodarse el régimen establecido en el Anteproyecto, de modo que no existan diferencias entre ambos regímenes legales.

–Capítulo VI: Medios de Comunicación y Nuevas Tecnologías.

–Artículo 37.

El apartado 2 de este precepto dispone que “las Administraciones competentes garantizarán que en los medios de comunicación, sean o no de titularidad pública, se pongan en marcha campañas de información y difusión dirigidas a la eliminación de la desigualdad de mujeres y hombres”. El tenor de esta disposición suscita las siguientes cuestiones:

1ª. Se establece una obligación en relación con las “administraciones competentes”, y aunque una interpretación sistemática del precepto permite colegir que esa administración no puede ser otra que la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sería conveniente que se explicitara de este modo.

2ª. El precepto contiene un mandato contundente –el de garantizar la difusión en los medios de comunicación de campañas dirigidas a la eliminación de desigualdades entre mujeres y hombres–, pero sin prever las medidas concretas mediante las que poder hacer efectivo tal deber.

3ª. La anterior cuestión no resulta, en absoluto, baladí, pues si tal garantía viene referida a la divulgación de campañas institucionales en medios de comunicación, sean éstos o no de titularidad pública, nada habría que objetar. Sin embargo, si el precepto ha de interpretarse como una obligación impuesta a todos los medios, con independencia de su titularidad, para que lleven a cabo, por su cuenta, las campañas referidas, se estaría atentando a los principios de libertad de expresión y de empresa, por lo tanto, habría que suprimir la referencia a los centros de titularidad privada.

4ª. Lo anterior no es óbice para que los distintos medios de comunicación, incluidos los de titularidad privada, deban evitar en su actividad cualquier tipo de discriminación por razón de género, y que las Administraciones públicas puedan y deban coadyuvar al cumplimiento de esta finalidad. En este sentido el PLOI establece en su artículo 34 (de carácter básico) “que las Administraciones públicas promoverán la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquéllos se desarrollen”.

III. Al Título III. Violencia hacia las mujeres.

–Artículo 40.

La rúbrica del presente artículo no parece la más adecuada para avanzar el contenido del precepto. Se sugiere su sustitución por la de “Definición y formas de violencia de género”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Anteproyecto, éste tiene como objeto la promoción y consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, así como combatir la violencia de género, entendiendo como tal aquella que se ejerce sobre las mujeres por el hecho de mismo de serlo. El objeto del Anteproyecto no se refiere a cualquier tipo de violencia que puedan sufrir las mujeres, sino la específica que puedan padecer por razón de su sexo. Esta circunstancia debe integrarse en el concepto de violencia de género que se recoge en el artículo 40, con una fórmula igual o similar a la que se contiene en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004).

En lo que respecta a los demás términos de la definición del concepto de violencia de género, el precepto cuyo comentario nos ocupa debería atenerse a los términos que se establecen en el artículo 1 de la citada Ley Orgánica 1/2004, pues este precepto ha sido dictado al amparo de la competencia exclusiva que el Estado tiene reconocida en el artículo 149.1.1ª CE, con el fin de asegurar las condiciones básicas para que la protección de los derechos constitucionales de la mujer (dignidad, integridad física, salud, igualdad entre mujeres y hombres) tenga un nivel igual en todo el territorio nacional.

Consecuente con lo anterior, no resulta adecuada la inclusión como violencia de género de aquella que sufran los descendientes menores de edad de la mujer o personas que dependan de ella, salvo que unos u otras lo hubieran sido por razón de su sexo. Esto no obsta para que sí sean beneficiarios de las medidas integrales de protección que se diseñan en los artículos 47 y siguientes del Anteproyecto, como expresamente se indica en este último artículo.

La definición, a los efectos de la Ley que se pretende aprobar, de lo que se entiende por violencia de género se plasma en el apartado 1. Las conductas que se recogen en el

apartado 2 constituyen formas de manifestarse esa violencia en función del medio empleado y el resultado perseguido. En cualquier caso, las actuaciones que se enumeran, en tanto que en algunos casos abordan asuntos que son competencia del Estado, han de entenderse sólo a los efectos de la aplicación de dicha norma, tal como, acertadamente, se recoge en el Anteproyecto.

–Capítulo I. Medidas de Prevención frente a la violencia de género.

–Artículo 41.

No resulta adecuada la referencia que se contiene en el segundo párrafo de este precepto en relación con un Acuerdo Marco que, al parecer, se ha suscrito entre la Administración y los medios de comunicación de la Región. En efecto, la vinculación de la Administración al cumplimiento del contenido de un Acuerdo del que es parte, le viene dada ya por la naturaleza obligacional de dicho Acuerdo, resultando, por tanto, ociosa e impropia su prescripción legal.

–Artículo 43.

En el apartado 2 se establece que en los planes de formación permanente del profesorado se incorporarán estrategias formativas que posibiliten la transmisión de valores de resolución pacífica de los conflictos entre ambos géneros. Este contenido debe completarse con las previsiones que aparecen recogidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2004, que contiene un mandato específico a todas las Administraciones educativas, para que adopten las medidas necesarias para que, en los planes de formación inicial y permanente del profesorado, se incluya una formación específica, con el fin de asegurar que adquieren los conocimientos y las técnicas necesarios que les habiliten para hacer frente a las tareas que allí se relacionan.

–Capítulo III. Medidas de asistencia integral y protección a las víctimas de violencia de género.

La asistencia social es un ámbito en el que concurren competencias y actuaciones de una diversidad de Administraciones Públicas. Consecuentemente con ello, el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2004, establece que la organización de los servicios sociales de atención integral por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderán a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional, indicando, a continuación, los aspectos que integrarán dicha atención multidisciplinar. La configuración que el Capítulo que ahora se analiza realiza sobre las medidas de integración social a prestar por las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, debe atenerse a lo establecido en el precepto mencionado.

–Artículo 51.

Según este artículo la Consejería competente en materia de Sanidad garantizará la especialización del personal sanitario para la atención a las víctimas de violencia de género. La formación especializada en ciencias de la salud es competencia estatal, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.30ª CE, competencia que se hizo efectiva mediante la aprobación y publicación de la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Carece, pues, el legislador autonómico de competencia para incluir una determinación como la que se recoge en el presente artículo y, por ello, debe suprimirse, o bien modificarse

con un alcance que no invada las estatales. Se sugiere que se sustituya la referencia a la “especialización del personal sanitario” por la de “prestación de acciones formativas para el personal sanitario”.

–Artículo 53.

La regulación que este precepto lleva a cabo en relación con el Fondo Económico de Emergencia para atender necesidades inmediatas de las víctimas de Violencia de Género, carece de la necesaria nitidez y concreción. El Consejo Jurídico, al igual que hizo en su Dictamen núm. 21/2007, en relación con el Fondo Regional para Ayuda de Emergencia y Acción humanitaria, ha de destacar que la indefinición respecto a la naturaleza administrativa y presupuestaria de este fondo deja huérfano de pautas al desarrollo reglamentario previsto, y, por ello, debiera pronunciarse este precepto sobre el sentido orgánico o sólo presupuestario que pretende otorgar al Fondo. En cualquier caso, las implicaciones presupuestarias, que indudablemente tiene la creación de este Fondo, hubieran aconsejado, en los términos que se señalan en la Observación 3ª de la Consideración Tercera de este Dictamen, la elaboración de una memoria económica e informe de la Dirección General de Presupuestos.

–Al Título IV. Infracciones y sanciones.

Sin perjuicio de los comentarios que se han efectuado en las Consideraciones Sexta y Séptima del presente Dictamen en relación con los artículos 60, c) y 60,b), respectivamente, el presente Título merece los siguientes reparos:

–Artículo 60. a).

Dicho precepto, que tipifica como infracción grave “el incumplimiento por parte de las administraciones públicas de la obligación de elaborar, controlar y evaluar los planes o programas de igualdad de oportunidades, en el plazo previsto en esta Ley”, resulta de imposible aplicación en lo que se refiere a la Administración regional (para la que el proyectado artículo 11.1 establece que el Gobierno Regional deberá aprobar un Plan General de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en “cada legislatura”), porque no puede sancionarse a sí misma; y de limitada aplicación en el caso de las Administraciones locales de la Región, porque en el artículo 15, que se refiere a sus correspondientes planes, no se establece plazo alguno al respecto, aunque la Disposición Adicional primera sí lo fija en un año para la elaboración del primer Plan, único supuesto de incumplimiento de obligación temporal por parte de dichas Administraciones que podría ser objeto de sanción.

–Artículo 60. d).

Este precepto tipifica como infracción “el incumplimiento de la obligación de confidencialidad respecto de datos personales, sociales y sanitarios de mujeres que obren en los expedientes administrativos de acceso a los recursos sociales y, especialmente, los relativos a sus estancias en instituciones públicas o privadas”.

A la vista de su tenor, parece que el fin perseguido con el mismo no es, en este caso, el de promoción de la igualdad de género, pues no se advierte ni se justifica por qué hubiera de ser de mayor protección en este ámbito la confidencialidad de datos de mujeres, cuando es un derecho del que deben disfrutar por igual hombres y mujeres en virtud del régimen jurídico establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal y, en general, en la reguladora del acceso a los expedientes administrativos. Más bien parece una medida de protección a las mujeres víctimas de violencia de género, en cuanto la confidencialidad

de los datos sobre su acceso a los recursos sociales y, específicamente, a sus estancias en instituciones públicas o privadas, hacen pensar en los mecanismos de asistencia integral y protección regulados en el artículo 48. 1, d) y e), 2 y 4 del Anteproyecto. Si ello es así y, en todo caso, para no extender la proyectada infracción a ámbitos o fines a los que no se dirige este Anteproyecto, debería delimitarse su alcance, sustituyendo la genérica mención a dichos expedientes y estancias por una más correcta referencia (“expedientes tramitados en aplicación de lo establecido en el artículo 48 del Anteproyecto”, o expresión similar).

–Artículo 61.

Este precepto tipifica como infracción muy grave “la reincidencia en la comisión de al menos dos infracciones graves”.

En nuestro reciente Dictamen 25/07, y con ocasión del comentario de dos preceptos del Anteproyecto allí analizado, de contenido sustancialmente igual al artículo que ahora se comenta, realizamos las siguientes observaciones, que es procedente aplicar también en nuestro caso.

Señalamos entonces que, conforme con la doctrina contenida en la STC 188/2005, de 7 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 27.3, j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (que incluía a su vez un precepto idéntico a los comentados en el citado Dictamen), tales preceptos deberían ser suprimidos, o bien modificarse su redacción, pues, con la pretendida, se estaría castigando dos veces un mismo hecho sin existir fundamento jurídico distinto para ello; esto es, se estaría vulnerando el principio constitucional *non bis in idem*. Dicha doctrina constitucional ya había sido puesta de manifiesto por este Consejo Jurídico en el previo Dictamen 189/2006.

Así, en la citada sentencia, el TC comienza por reconocer que “es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia, presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de (1) injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer” (FJ 2, c). No obstante, añade el Tribunal que ello debe diferenciarse de supuestos en los que, como sucede con preceptos como el allí impugnado (y el ahora analizado), “el legislador ha creado un tipo, administrativo o penal, autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*. Esta última forma de castigar la reincidencia por parte del legislador, al menos en el caso presente, trasciende, por tanto, y frente a lo que sostiene la Abogacía del Estado, lo que es un mero defecto en la técnica de legislar ajena al control de este Tribunal (...), para transformarse, eventualmente, en una lesión del principio *non bis in idem*, y, consecuentemente, del art. 25.1 CE” (FJ 4).

Ello, pues, no significa que se proscriba utilizar la reincidencia como criterio para la previsión normativa de una infracción de mayor gravedad, con la consiguiente aplicación de

una sanción de superior grado a la prevista e impuesta a hechos cometidos con anterioridad, pero tal posibilidad tiene como exigencia indispensable que la infracción que así se tipifique se refiera expresa y claramente a la realización de una nueva conducta (en el caso del proyectado artículo 61, sería a la realización de una tercera o posterior conducta infractora) de igual naturaleza que las ya sancionadas; es decir, que el tipo infractor no consista en la mera circunstancia (que no es, en rigor, un “hecho” nuevo) de haber sido sancionado el sujeto en varias ocasiones anteriores, pues ello no puede constituir, *per se* y sin más, una nueva infracción, que es lo que se desprende de redacciones como la utilizada en los preceptos comentados (y en el que ahora nos ocupa), y que llevó al TC a declarar su inconstitucionalidad, sin posibilitar, pues, una interpretación correctora de los mismos.

NOVENA.- Observaciones a la parte final.

I. Sería recomendable que se recogiese una Disposición final por la que se aludiese expresamente a las habilitaciones reglamentarias que sean pertinentes para desarrollar las disposiciones de la Ley proyectada que así lo requieran, ya que, con salvedad hecha de la habilitación para reglamentar el Observatorio de Igualdad, que sí se contiene expresamente en la Disposición final primera, el resto de habilitaciones se encuentran dispersas en su articulado (v.gr. artículos 4.3, 23.3 ó 53).

II. Por otro lado, resulta obligado la inclusión de una Disposición derogatoria que, según señala la Directriz 41 de las generales aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (de aplicación supletoria en el ámbito autonómico, por carecer de normativa propia al respecto), deberá contener las cláusulas de derogación del derecho vigente de forma precisa y expresa.

III. La modificación que opera la Disposición final cuarta en la Ley 6/2004 es de adición, de ahí que no resulte adecuado reproducir íntegramente el apartado 1 del artículo 53. Lo correcto es utilizar la siguiente fórmula: “Se incluye un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, con la siguiente redacción:...”

DÉCIMA.- Observaciones de contenido gramatical y de técnica normativa.

I) Se debe proceder a una minuciosa revisión del texto, con el fin de subsanar las numerosas deficiencias gramaticales que en él se detectan: falta o uso erróneo de signos de puntuación, falta de concordancia de número, uso incorrecto de mayúsculas, etc.

II) Sin ánimo alguno de exhaustividad a continuación se indican algunas cuestiones de índole gramatical y sistemática, que sería aconsejable atender para dotar al texto de una mayor corrección y claridad, lo que, sin lugar a dudas, contribuirá a que la norma que finalmente se apruebe alcance mayores cotas de eficacia y seguridad jurídica:

- El texto ganaría en rigor gramatical si el término “mismo”, adjetivo que expresa igualdad y que es utilizado en diversas ocasiones en el Anteproyecto, se sustituyese por el pronombre personal o el determinante posesivo que correspondía.
- Para referirse a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el texto utiliza a veces dicha expresión completa, pero otras recurre a denominaciones más resumidas tales como “Comunidad Autónoma” o “Comunidad Autónoma de Murcia”. Se debe homogenizar el criterio seguido utilizando siempre la referencia completa a la denominación de nuestra Comunidad Autónoma.

- Se contiene en el Anteproyecto una repetida referencia a las “Administraciones públicas competentes”, y aunque dicha expresión pueda limitarse, por razones obvias, a la Autonómica y Local, debería revisarse el texto precisando en cada caso a qué Administración o Administraciones se está refiriendo.
- En el Anteproyecto se utiliza repetidamente la expresión “igualdad de mujeres y hombres”, pero hay supuestos en los se invierte el orden de los sustantivos (título del art. 15; apartado 5 del art. 21; apartado 2. b) del art. 31; art. 34; apartado 1 del art. 38, entre otros). Se recomienda revisar el texto y respetar siempre el mismo orden.
- Con carácter general, los distintos apartados de los preceptos del Anteproyecto se han enumerado, sin embargo en otros (artículos 10 y 47, por ejemplo) no ha sido así, por lo que se sugiere que se revise el texto y se proceda a enumerar los apartados de los artículos en los que se haya omitido.
- En la Exposición de Motivos debe consignarse con precisión la referencia al artículo 10.Uno.20 EA.
- En el artículo 2 debe sustituirse la preposición “de”, situada entre “oportunidades” y “mujeres”, por la preposición “entre”. Esta sugerencia se hace extensiva a todos los supuestos en los que el texto utiliza la preposición “de” para referirse a la igualdad entre mujeres y hombres.
- La norma en ciernes tiene como objeto la erradicación de todas las formas de discriminación de la que pueda ser objeto la mujer en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, es por ello que en el último renglón del artículo 5 se daba sustituir la preposición “de” por preposición “en”.
- En el primer renglón del artículo 13 debe eliminarse la inicial mayúscula de la palabra “Ejercicio”.
- La expresión “en estas actuaciones concretas” que se recoge en el apartado 1 del artículo 20 carece de sentido, de ahí que se sugiera su sustitución por la más adecuada de “en éstos”. Asimismo, debe introducirse una coma entre “igualdad” y “tanto”.
- El Título III se ha dividido sólo parcialmente en Capítulos (a partir del artículo 41). La división debe hacerse sobre la totalidad del Título. El primer Capítulo comprendería el artículo 40 y podría intitularse “Disposiciones Generales”.
- En la Disposición final cuarta al citar la Ley 6/2004, debe introducirse una coma entre dicho número de la norma y su fecha.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia para aprobar como Proyecto de Ley el Anteproyecto objeto del presente Dictamen, sin perjuicio de las observaciones que se formulan con el carácter de esenciales sobre los siguientes preceptos, que habrán de acomodarse a lo expresado en las correspondientes Consideraciones:

- La realizada sobre la necesidad de suprimir el apartado c) del artículo 60, en cuanto que la infracción que regula resulta incardinable en la competencia estatal exclusiva en materia laboral (Consideración Sexta).
- Las que se contienen en el comentario que se efectúa en relación con los artículos 21.3 a 6; y 60,b), relativas a la necesidad de suprimir o modificar dichos preceptos, al objeto de no invadir las competencias estatales en materia laboral (Consideración Séptima).
- La que se refleja en la Consideración Octava en relación con la necesidad de suprimir o modificar el contenido del artículo 37.2, de modo que quede garantizado el respeto al principio de libertad de expresión.
- Las que se señalan en la Consideración Octava sobre la necesidad de adecuar el contenido de los artículos 40 y 43.2, a lo preceptuado en la Ley Orgánica 1/2004.
- La realizada sobre el contenido del artículo 51, en cuanto que invade la competencia que el Estado ostenta con carácter exclusivo en materia de formación especializada en ciencias de la salud.
- La que se indica sobre la necesidad de suprimir o modificar el contenido del artículo 61, de forma que no se contravenga el principio *non bis in idem*.
- Las que se reflejan sobre la necesidad de incluir una Disposición final de habilitación reglamentaria al ejecutivo; así como una Disposición derogatoria en la que se contenga, de forma precisa y expresa, las cláusulas de derogación del derecho vigente.

SEGUNDA.- Debieran incorporarse al Anteproyecto las observaciones que se indican en la Consideración Octava sobre la conveniencia de adecuar el contenido de los artículos 3.5; 28.2, así como los del Capítulo IV del Título II, a lo preceptuado en el PLOI, en previsión de que el mismo se apruebe.

TERCERA.- Recomendamos introducir el resto de correcciones que, por razón de contenido, sistemática o redacción, se sugieren en las Consideraciones del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 27/07.- Anteproyecto de Ley de Transporte Marítimo de Pasajeros de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 28/02/07****Extracto de Doctrina**

1. *La intervención administrativa que puede ejercerse desde las competencias autonómicas no puede basarse, en este sector, en razones de ordenación del mercado o estrictamente económicas sino, esencialmente, en la protección del usuario de esta clase de servicios, como viene a reconocer implícitamente el Anteproyecto al pretender “reforzar las garantías de los usuarios”. Quiere decirse que el contenido propio del título competencial que nos ocupa viene constituido esencialmente por una acción normativa encaminada a la protección del usuario de este transporte, con medidas específicas para este sector de actividad, es decir, mediante una “sectorización” de la competencia general de protección al consumidor atribuida a nuestra Comunidad Autónoma por el artículo 11, 7 del Estatuto de Autonomía.*

2. *Es la competencia exclusiva estatal en materia de marina mercante la que condiciona fuertemente el alcance de la competencia regional de que se trata, especialmente por el hecho de que, habiendo sido determinados por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM), los aspectos que se consideran comprendidos en el concepto de “marina mercante”, la STC 40/1998, de 19 de febrero, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra dicha Ley, vino a confirmar, con pequeñas matizaciones, el criterio sentado a este respecto por el legislador estatal.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de diciembre de 2005, la Dirección General de Transportes y Puertos formuló una memoria de motivación técnica y jurídica para la elaboración de un Anteproyecto de Ley regional reguladora del transporte marítimo de pasajeros; a dicha memoria se acompañaban un informe justificativo de la oportunidad de dicha norma, sobre el impacto por razón de género que tendría su aprobación y una memoria económica sobre las repercusiones de esta índole que supondría aquélla.

En el informe sobre la justificación del Anteproyecto se indica, entre otras consideraciones, que “*se detecta una importante demanda de usuarios del transporte marítimo generada por el aumento de participantes de deportes náuticos, actividades subacuáticas y lúdico-turísticas que reclaman el establecimiento de una regulación precisa del transporte marítimo de pasajeros*” que es competencia de la Comunidad Autónoma, destacando, además, que “*la Ley pretende reforzar las garantías de los usuarios estableciendo con carácter obligatorio que todas las embarcaciones dispongan del correspondiente seguro de responsabilidad civil que cubre los daños que pueda generar su actividad*”, optando por el sometimiento de su ejercicio al régimen de autorización administrativa previa y su inscripción en un registro público creado al efecto.

SEGUNDO.- El 26 de diciembre de 2005, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emite informe en el que realiza unas breves observaciones puntuales al borrador de Anteproyecto que se le había remitido.

TERCERO.- El 10 de febrero de 2006, el Consejo de Gobierno toma conocimiento de un borrador, de enero de 2006, de Anteproyecto de Ley de Transporte Marítimo de Pasajeros de la Región de Murcia, acordando que se remitiera para su informe a los siguientes órganos y Entidades, sin perjuicio de recabar los informes preceptivos:

“– *Ayuntamientos de: Águilas; Mazarrón; Cartagena; Lorca; San Javier; San Pedro del Pinatar y Los Alcázares.*

- *Federación de Municipios de la Región de Murcia.*
- *Asociación de Navieros Españoles.*
- *Federaciones de Vela y de Actividades Subacuáticas de la Región de Murcia.*
- *Capitanía Marítima de la Región de Murcia.*
- *Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente.*
- *Consejerías de: Presidencia; Economía y Hacienda; Industria y Medio Ambiente; Turismo, Comercio y Consumo, y de Agricultura y Agua.*
- *Dirección General de Presupuestos y Finanzas”.*

CUARTO.- Constan en el expediente los informes emitidos en febrero y marzo de 2006 por las Consejerías de Agricultura y Agua; Turismo, Comercio y Consumo (Secretaría General y Dirección General de Consumo); Presidencia; Industria y Medio Ambiente; y Economía y Hacienda (Dirección General de Presupuestos y Finanzas). Dichos informes no oponen objeción al contenido y aprobación del Anteproyecto, bien por mostrar su conformidad, por no afectar a sus competencias o por realizar puntuales observaciones de mejora. No obstante, el informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas señala que, de generar el Anteproyecto nuevas obligaciones económicas, debería de remitírsele por el consultante la oportuna memoria económica para, a su vista, poder emitir el informe preceptivo a que se refiere la Disposición Adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Asimismo, consta escrito de 8 de marzo de 2006 de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente expresando que el Anteproyecto no afecta a sus competencias.

Finalmente, constan certificaciones acreditativas de que el 26 de julio y el 10 de octubre de 2006, el Anteproyecto fue informado favorablemente por el Consejo Asesor Regional de Consumo y el Consejo Regional de Cooperación Local, respectivamente.

QUINTO.- El 21 de septiembre de 2006 el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia emite informe en el que valora positivamente la iniciativa legislativa, realizando observaciones puntuales para la mejora técnica del texto, si bien considera que debería contemplarse la posibilidad de que la Administración regional pudiera establecer líneas de transporte marítimo a través de los cauces establecidos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (es decir, posibilitar que la Administración regional declarase como servicio público algunas de dichas líneas, y su consiguiente prestación a través de los modos y régimen jurídico establecidos en dicha legislación).

SEXTO.- En informe de 24 de octubre de 2006, el Servicio Jurídico-Administrativo y de la Junta Arbitral de Transporte de la Dirección General de Transportes y Puertos analizó los informes y alegaciones presentadas, proponiendo atender la mayoría de ellas, salvo lo anteriormente reseñado por el CES sobre la publicación de los servicios, por considerar que ello sólo está justificado en los supuestos encaminados a asegurar las comunicaciones entre la península y las islas españolas, según se desprende del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público.

SÉPTIMO.- El 2 de noviembre de 2006, el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe, y se elabora un nuevo borrador de Anteproyecto de Ley, fechado en noviembre de 2006, que es autorizado por el Secretario General de la Consejería el 6 de noviembre de 2006 a los efectos de la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico.

OCTAVO.- Mediante oficio registrado el 8 de noviembre de 2006, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Anteproyecto de Ley regional, concurriendo el supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

El examen del expediente remitido a este Consejo Jurídico revela que, en la tramitación del Anteproyecto de Ley objeto del presente Dictamen, se ha seguido lo establecido al efecto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien con dos salvedades, que deberían subsanarse:

1. No constan los oficios mediante los que se dio traslado del borrador de Anteproyecto a los órganos y entidades señaladas por el Consejo de Gobierno en su toma de conocimiento. Si bien ello no resulta relevante en lo que atañe a los órganos allí indicados que posteriormente formularon alegaciones, sí la tiene en lo que respecta a los que no han comparecido en el procedimiento, pues la ausencia de dichos oficios impide determinar si efectivamente les fue otorgado el trámite ordenado por el Consejo de Gobierno. Ello es especialmente necesario en el caso de la Capitanía Marítima de la Región de Murcia, en cuanto órgano estatal competente en materia de marina mercante, título competencial que delimita decisivamente el alcance de la competencia regional en materia de transporte marítimo y que afecta a varias determinaciones del Anteproyecto, según se verá seguidamente.

2. No consta que se haya emitido el informe preceptivo a que se refiere la Disposición Adicional del vigente Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia. Teniendo en cuenta que, según la memoria económica elaborada por la Dirección General de Transportes y Puertos, el Anteproyecto implicaría nuevas obligaciones económicas para

la Administración regional (f. 141 y sgtes. del expediente), es preciso, conforme con lo indicado por la Dirección General de Presupuestos y Finanzas en el informe reseñado en el Antecedente Cuarto, que se le remita dicha memoria, para que pueda elaborar el informe preceptivo de referencia. No obstante lo anterior, y dada la índole del defecto, procede informar seguidamente sobre el fondo del texto sometido a Dictamen.

TERCERA.- Cuestiones de orden constitucional, en especial, sobre las competencias del Estado y la Comunidad Autónoma.

I. Como expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto, con el mismo se pretende ejercer la competencia exclusiva que el artículo 10. Uno, 4 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma en materia de *“transporte marítimo entre puertos o puntos de la Comunidad Autónoma, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales”*, y cuyo traspaso de servicios fue efectuado por el Real Decreto 1597/1999, de 15 de octubre; norma en la que, para delimitar la materia a que se refería el traspaso, se expresa que *“de conformidad con el artículo 149.1.20º de la Constitución, quedan reservadas al Estado, en los términos de la legislación vigente, las funciones relativas a marina mercante, abanderamiento de buques, iluminación de costas y señales marítimas y puertos de interés general”*.

En concreto, es la competencia exclusiva estatal en materia de marina mercante la que condiciona fuertemente el alcance de la competencia regional de que se trata, especialmente por el hecho de que, habiendo sido determinados por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM), los aspectos que se consideran comprendidos en el concepto de *“marina mercante”*, la STC 40/1998, de 19 de febrero, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra dicha Ley, vino a confirmar, con pequeñas matizaciones, el criterio sentado a este respecto por el legislador estatal.

Por ello, debe partirse por recordar lo establecido en el artículo 6 LPMM:

“1. A los efectos de esta Ley se considera marina mercante:

a) La actividad de transporte marítimo, exceptuando el que se lleva a cabo exclusivamente entre puertos o puntos de una misma Comunidad Autónoma, que tenga competencias en esta materia, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales.

b) La ordenación y el control de la flota civil española.

c) La seguridad de la navegación y de la vida humana en la mar.

d) La seguridad marítima, incluyendo la habilitación para el ejercicio del servicio de practica y la determinación de los servicios necesarios de remolque portuario, así como la disponibilidad de ambos en caso de emergencia.

e) El salvamento marítimo, en los términos previstos en el artículo 87.

f) La prevención de la contaminación producida desde buques, plataformas fijas y otras instalaciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y la protección del medio ambiente marino.

g) La inspección técnica y operativa de buques, tripulaciones y mercancías.

h) La ordenación del tráfico y las comunicaciones marítimas.

i) *El control de situación, abanderamiento y registro de buques civiles, así como su despacho, sin perjuicio de las preceptivas autorizaciones previas que correspondan a otras Autoridades.*

j) *La garantía del cumplimiento de las obligaciones en materia de defensa nacional y protección civil en la mar.*

k) *Cualquier otro servicio marítimo atribuido por Ley a la Administración regulada en el Capítulo III del Título III de esta Ley.*

2. *No se considera marina mercante la ordenación de la flota pesquera, en los ámbitos propios de la pesca y de la ordenación del sector pesquero, ni la actividad inspectora en estos mismos ámbitos”.*

Impugnados diversos preceptos de este artículo, la indicada STC expresó lo siguiente: *“en una aproximación inicial, cabe entender que se integran en dicho concepto (el de marina mercante) aquellas actividades con finalidad comercial relacionadas con la navegación de buques mercantes y, más concretamente, con el transporte marítimo de personas o mercancías; incluyendo asimismo las prescripciones necesarias para que la navegación marítima se desarrolle en condiciones de seguridad para los tripulantes y las personas a bordo, así como para las mercancías transportadas. Lo que se traduce en ciertas condiciones técnicas que debe reunir el buque y en una ordenación del tráfico marítimo, tanto con carácter general como en determinados espacios (por ejemplo, el establecimiento de rutas obligadas y esquemas de separación de tráfico), para prevenir abordajes u otros accidentes”* (F.J. 44).

“Debe, a todo ello, agregarse que la seguridad en la navegación exige, al igual que ocurre en el caso de la seguridad en la circulación por carretera (SSTC 59/1985, fundamento jurídico 3.º y 181/1992, fundamento jurídico 3.º), una serie de garantías uniformes en todo el territorio nacional, las cuales, a su vez, derivan de normas internacionales que persiguen la misma finalidad” (F.J. 46).

“No es fácil establecer los límites precisos entre las competencias relativas a la seguridad en la navegación, a la seguridad marítima, a la seguridad de la vida humana en el mar y al salvamento marítimo, competencias todas ellas que se encuentran, evidentemente, en una estrecha relación y que, en todo caso, las Comunidades Autónomas carecen de competencias legislativas sobre la materia” (F.J. 51).

“El hecho de que este transporte sea de titularidad autonómica no excluye la intervención del Estado en lo relativo a la seguridad en la navegación y a los controles sanitarios” (F.J. 59).

De lo expuesto se extrae una conclusión que resulta esencial para deducir, por contraste, cuál puede ser el ámbito propio del título competencial autonómico sobre transporte marítimo que se pretende ejercer: la competencia estatal exclusiva en materia de marina mercante incluye la potestad de establecer y aplicar las disposiciones relativas a la protección de la seguridad en el transporte marítimo, en cuanto esta actividad mercantil (ya se refiera a mercancías o viajeros) presupone, por naturaleza, la navegación marítima y, por tanto, la tutela de la seguridad de la vida humana en el mar, independientemente del fin con que se realice la navegación.

Esta conclusión se ratifica si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional que ha analizado la relación entre otros dos títulos competenciales, uno estatal y otro autonómico,

que guardan un claro paralelismo con los que aquí son objeto de consideración. Así, por un lado, el estatal sobre ordenación del tráfico y seguridad vial (terrestre) y el autonómico sobre transporte terrestre intraautonómico. En este sentido, en la STC 118/1996, de 27 de junio, la Comunidad Autónoma de Cataluña sostuvo que las infracciones en materia de seguridad vial y de utilización del tacógrafo u otros instrumentos de control, en vehículos dedicados al transporte profesional, no se insertaban en el indicado título estatal, en cuanto esta competencia *“ha de considerarse limitada a la finalidad estricta que le es propia, esto es, a la protección del entorno exterior en que se mueven los vehículos para evitar que causen daños a terceros o a otros vehículos que circulen por las vías públicas”*. Sin embargo, el TC rechaza tal tesis expresando que *“las garantías de la seguridad en la circulación, según la voluntad de la Constitución, expresada en el precepto mencionado, deben ser uniformes en todo el territorio nacional. No cabe separar los requisitos técnicos que debe reunir un vehículo para garantizar la seguridad de personas y cosas exteriores a él, de aquellos requisitos que pretenden proteger a quienes, como conductores o pasajeros, se encuentren en su interior. La regulación de los requisitos técnicos destinados a la protección y seguridad de conductores y viajeros (seguridad vial pasiva) debe, por tanto, entenderse incluida en la reserva a la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.21, y como materia sujeta a tal competencia exclusiva no cabe la intervención al respecto de las Comunidades Autónomas, alterando, modificando o desarrollando las prescripciones estatales (SSTC 18/1992, 203/1992 y 21/1993”*. En consecuencia, el Alto Tribunal anula, entre otros, el artículo 53, b) de la Ley catalana 12/1986, que tipificaba como infracción muy grave a la normativa sobre transporte autonómico por carretera el *“prestar servicios en condiciones que puedan afectar a la seguridad de las personas porque comporten peligro grave y directo”*.

Quiere decirse con todo ello que el último inciso del artículo 6.1, a) LPMM sólo pretende excluir del título competencial sobre marina mercante aquellos aspectos relativos al transporte marítimo autonómico que hayan de considerarse propios y específicos de tal título competencial (o de otros autonómicos que puedan incidir, señaladamente el de consumo o el de protección del medio ambiente marino, como luego se verá), sin perjuicio, pues, de las normas estatales que puedan incidir sobre dicha actividad empresarial, dictadas al amparo de las competencias estatales en materia de marina mercante, y que se refieren, básicamente, a los aspectos de seguridad en dicho transporte. Así lo ha entendido, por ejemplo, el Real Decreto 1247/1999, de 16 de julio, que establece reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles, que se aplica a todo viaje entre dos puertos del territorio nacional, sin excluir el supuesto en que ambos puertos estén en una misma Comunidad Autónoma (vid. sus artículos 1, 3, q) y 13, entre otros).

II. Excluidos de la competencia autonómica los aspectos relativos a la seguridad del transporte marítimo, también condiciona decisivamente la operatividad del título autonómico en la materia el que la normativa comunitaria haya establecido la liberalización de esta clase de actividad económica. Así, el Real Decreto 1466/1997, ya citado, recuerda en su Exposición de Motivos que *“el reglamento 3577/1992 CEE, del Consejo, de 7 de diciembre, impone el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos de cabotaje. Permite, sin embargo, matizar la aplicación de este principio a los servicios regulares con destino u origen en islas, y entre islas para los que afirma la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público o garantizar su prestación mediante contrato. El hecho insular se perfila, por tanto, con características y peculiaridades cuya protección puede merecer, a juicio de cada Estado, sistemas especiales de protección”*.

Ello supone que la intervención administrativa que puede ejercerse desde las competencias autonómicas no puede basarse, en este sector, en razones de ordenación del mercado o estrictamente económicas sino, esencialmente, en la protección del usuario de esta clase de servicios, como viene a reconocer implícitamente el Anteproyecto al pretender “*reforzar las garantías de los usuarios*”. Quiere decirse que el contenido propio del título competencial que nos ocupa viene constituido esencialmente por una acción normativa encaminada a la protección del usuario de este transporte, con medidas específicas para este sector de actividad, es decir, mediante una “*sectorización*” de la competencia general de protección al consumidor atribuida a nuestra Comunidad Autónoma por el artículo 11, 7 del Estatuto de Autonomía.

Lo anterior no excluye, claro está, que la iniciativa normativa que pretende ejercerse al amparo del título competencial en materia de transporte marítimo no pueda incluir determinaciones que tengan específico encaje en otros títulos autonómicos, como puede ser el de protección del medio ambiente marino y de los ecosistemas en aguas interiores de la Región (artículos 11. 3 y 10. Uno 9 del Estatuto, respectivamente). Y ello aun cuando la LPMM incluya en la noción de marina mercante la acción estatal de protección del medio ambiente marino (art. 6.1, f), pues la STC 40/1988 citada advierte que, en este punto, la LPMM no resulta excluyente de las correspondientes competencias autonómicas.

Desde este punto de vista, pues, el sistema de previa autorización administrativa (reglada) que el Anteproyecto configura como piedra angular del régimen jurídico que diseña, puede contemplarse como válido instrumento para que la Administración regional realice un control previo al ejercicio de la actividad por cada empresa naviera y, consiguientemente, disponga de determinada información sobre la actividad de transporte marítimo de viajeros en el ámbito de su competencia, siguiendo, con ello, la línea emprendida por la Ley 10/2000, de 7 de julio, de Cataluña, de Ordenación del Transporte en Aguas Marítimas y Continentales, única ley autonómica que hasta el momento ha regulado con vocación general esta clase de transporte en un ámbito autonómico. No obstante, también hubiera sido posible establecer, al menos en este momento inicial de ordenación del sector, un sistema de simple comunicación de la actividad, posterior a su ejercicio, que es el mecanismo que tiene establecido el Estado para los transportes marítimos de su competencia que no haya declarado de interés público (es decir, todos los interautonómicos menos los insulares antes mencionados, vid. arts. 3.3 y 12 del citado Real Decreto 1466/1997). En este punto, debe decirse que en el expediente remitido no obra estudio ni información alguna sobre las características, magnitudes y necesidades del sector en la Región, sin que conste que se hubiera solicitado a la Administración periférica del Estado (Capitanía marítima) los datos de interés de que aquella dispusiera; dicha información y estudios hubieran posibilitado una mejor toma de decisión sobre el alcance de la futura ley y sobre las medidas y técnicas jurídicas más adecuadas para conseguir los fines que con ella se persiguen. Por el contrario, dicho expediente revela una escasa reflexión sobre la iniciativa normativa de que se trata, lo que se ha traducido, además, en un texto que no destaca por el cuidado y rigor jurídico que debe exigirse al respecto.

III. Aplicadas las anteriores consideraciones al articulado del Anteproyecto, cabe realizar algunas observaciones sobre los siguientes preceptos del mismo.

–Artículo 1.1.

El artículo 1.1 del Anteproyecto establece que su objeto es la regulación del transporte marítimo de pasajeros “*que transcurra íntegramente dentro del territorio de la Comuni-*

dad Autónoma de la Región de Murcia”. Aparte de la incorrección que supone asociar la noción de “*territorio*” a una actividad de transporte en el mar, la referencia no se ajusta a los términos estatutarios de esta competencia, pues el criterio utilizado en el artículo 10. Uno, 4 del Estatuto delimita el alcance del transporte marítimo de competencia regional por referencia a los puertos o puntos del litoral regional entre los que se realice dicha actividad, tal y como, correctamente, se dispone en el artículo 2 del Anteproyecto. Por ello, la expresión entrecomillada antes transcrita debe sustituirse por otra que se ajuste al indicado precepto estatutario, pareciendo lógico, por otra parte, unificar en uno solo los proyectados artículos 1 y 2.

–Artículos 4, e) y 5, b) y d).

El artículo 4, e) establece el derecho de los usuarios del transporte marítimo de pasajeros a la adopción de las medidas de seguridad adecuadas al tipo de embarcación e itinerario de la misma; el artículo 5, b) y d) señala como obligaciones de aquéllos las de no perturbar la seguridad de la navegación y someterse a las disposiciones del capitán en todo lo relativo al orden y policía a bordo. Se trata de determinaciones propias del ámbito de la seguridad de la navegación marítima y de la seguridad de la vida humana en el mar, es decir, de la competencia estatal exclusiva sobre marina mercante entendida en los términos antes señalados, y así vienen a recogerse, de un modo más o menos explícito, en la normativa dictada a su amparo, que desarrolla tales derechos y obligaciones y sanciona su incumplimiento, por lo que, en rigor, no debe ser la normativa autonómica la que los establezca; además de que ello podría inducir a confusión sobre posibles responsabilidades de la Administración regional en este punto. Deberían, pues, suprimirse tales preceptos; a lo sumo, y con el mero objeto de delimitar el alcance del Anteproyecto, podría incluirse un precepto que indicase que los derechos y obligaciones previstos en la presente Ley para empresas navieras y usuarios del transporte marítimo se entenderán sin perjuicio de los establecidos en la normativa estatal sobre marina mercante y de las competencias de la Administración del Estado en esta materia.

–Artículo 9.1. h).

Este precepto establece como requisito para el otorgamiento de la preceptiva autorización de transporte “*estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social*”.

Si se parte de la idea general de que los requisitos que pueden exigirse para autorizar una actividad sujeta a intervención administrativa han de estar vinculados a los fines propios de la competencia a cuyo amparo se dicta la norma en la que se establecen dichos requisitos, parece claro que el cumplimiento de unas obligaciones establecidas por la legislación tributaria y de Seguridad Social no guarda una relación lo suficientemente directa o relevante con la ordenación del transporte marítimo que nos ocupa. El cumplimiento de esta clase de obligaciones ha venido siendo tradicionalmente establecido para actividades declaradas como servicio público de titularidad de la Administración, que habilita su realización a un sujeto privado por la vía de la concesión administrativa. En tales casos resulta lógico que la normativa reguladora de la correspondiente actividad considere que el concesionario, que se beneficia de la exclusividad inherente al título concesional, debe en contrapartida cumplir con las mencionadas obligaciones fiscales y sociales; cumplimiento, además, que redunde en el requisito de solvencia empresarial que de modo ordinario es exigido en estos casos.

En esta línea, es esclarecedor el precedente que ofrece la normativa de ordenación del transporte por carretera. Conforme con la Directiva 96/26/CE, de 29 de abril, modificada por la 98/76/CE, de 1 de octubre, se exige a los empresarios que se dediquen a este tipo de transporte (incluyendo el de mercancías, cuya realización está liberalizada de modo análogo a como lo está el transporte marítimo) que reúnan unas determinadas condiciones de honorabilidad, profesionalidad y capacidad financiera para desempeñar su actividad.

Si se examinan tales requisitos, se advierte que no vienen referidos en ningún caso al cumplimiento de obligaciones tributarias; y, en lo que se refiere a las de Seguridad Social, sólo se considera que se carece de esta honorabilidad cuando el empresario haya sido condenado por infringir grave y reiteradamente la normativa sobre condiciones de remuneración y de trabajo de la profesión (artículo 3.2, c) de dicha Directiva).

Si ello es así, con mayor razón resulta injustificado sujetar la realización de una actividad liberalizada como es la de transporte marítimo que nos ocupa, al cumplimiento de unas obligaciones que muy remotamente pueden afectar a los fines propios de la ordenación de este tipo de transporte. En contraposición, resulta lógico, por ejemplo, que la autorización administrativa para realizar dicho transporte se condicione a que el empresario cumpla con la normativa sobre navegación y seguridad marítimas, pues el transporte marítimo presupone, como es obvio, la navegación en dicho medio.

Por todo ello debería suprimirse el precepto comentado.

–Artículos 23, d); 24, c) h), y 25, d).

Estos preceptos, en la medida en que tipifican como infracciones una serie de conductas que suponen atentar contra la seguridad en la navegación marítima y de la vida humana en el mar, constituyen una exlimitación del ámbito propio del título competencial autonómico en materia de ordenación del transporte marítimo.

Así, en lo que se refiere al artículo 23, d), que tipifica la vulneración por los usuarios de las disposiciones del Capitán de la embarcación relativas a la conservación del orden y policía a bordo, y al artículo 24, h), que se refiere a la perturbación por parte de los usuarios de la seguridad de la navegación marítima, resulta clara la finalidad tuitiva de la seguridad marítima, como lo confirma el hecho de que tales conductas se incluyen en las infracciones contra la seguridad marítima tipificadas en los artículos 114. 3, a) y b) y 115.2, a) y b) LPMM. Por ello, deben suprimirse.

En lo que atañe al artículo 25, d), que tipifica como infracción muy grave la prestación del servicio de transporte en condiciones que puedan afectar a la seguridad de las personas, por conllevar peligro grave y directo, o daños al medio ambiente, debe suprimirse el inciso relativo a la seguridad de las personas (no así el referido al medio ambiente), ya que su fin exclusivo es proteger la seguridad de la vida humana en el mar, y la conducta descrita se tipifica en los artículos 115.2, m) y 116.2, a) LPMM como infracciones a la seguridad marítima. Precepto análogo, referido al transporte autonómico por carretera, fue anulado por la STC 118/1996, según se dijo.

Sin embargo, es factible que el Anteproyecto tipifique como infracción las conductas contempladas en sus artículos 25, h) e i), pero siempre que con las mismas no se sancione la puesta en peligro de la seguridad de la navegación o de las personas, sino la vulneración de otros bienes protegidos que tengan amparo en las competencias autonómicas; de lo contrario se estaría infringiendo el principio “*non bis in idem*” (artículo 133 Ley 30/1992,

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), ya que, como se ha razonado, cuando el bien jurídico cuya vulneración se pretenda sancionar sea uno de los propios de la competencia estatal sobre seguridad marítima, su represión sólo competirá al Estado.

En este sentido, y por lo que se refiere a la citada letra h), es claro que la prestación del servicio de transporte excediendo del número de pasajeros autorizados (la referencia al “peso” debe eliminarse, pues se ha traído del correspondiente artículo de la ley catalana, en donde tiene justificación porque viene referido al transporte marítimo de mercancías, lo que aquí no concurre), es una conducta que, además de poder constituir una infracción en materia de seguridad de la navegación marítima, es susceptible de ser considerada como infracción en materia de protección al usuario de estos servicios, por la incomodidad (no ya sólo la inseguridad) y la minoración de prestaciones o servicios que tal exceso les puede ocasionar, encontrando así el Anteproyecto en este punto un doble amparo competencial (transporte marítimo y protección al consumidor).

Igual razonamiento cabe hacer de la infracción tipificada en la letra i) del artículo 25, que sanciona la modificación (sin previa autorización, se entiende) de las características técnicas y de seguridad de las embarcaciones que sirvieron de base para que la Administración regional concediera su autorización de transporte; no puede sancionarse la afeción que tales modificaciones pudieran suponer para la seguridad de los pasajeros o para terceros, pues ello corresponde, en su caso, a la Administración del Estado. Ahora bien, en la medida en que con la conducta tipificada en esta letra i) se estaría vulnerando la obligación establecida en el proyectado artículo 12.1, en el sentido de tener que obtener la correspondiente modificación de la autorización otorgada en su día (para posibilitar con ello el conocimiento y control de la Administración regional de las condiciones en que se realiza el transporte de su competencia), dicha conducta puede ser sancionada por ésta.

Sin embargo, precisamente porque el bien jurídico protegido con la eventual represión de estas conductas no puede ser la seguridad de las personas en el mar, resulta improcedente, por desproporcionado, que las indicadas contravenciones merezcan la consideración de infracciones muy graves (que es, casi con total seguridad, lo que ha motivado su pretendida calificación como tales). En realidad, al tratarse en ambos supuestos de la realización de transporte marítimo incumpliendo los términos de la autorización otorgada (por cuanto ésta se concede con la implícita condición de que las embarcaciones con que se preste el transporte se ajustarán a las características y demás requisitos establecidos en las autorizaciones y certificados expedidos por la autoridad competente en materia de marina mercante y de industria, en su caso), ambas conductas se deben subsumir en la infracción (de carácter grave) tipificada en el artículo 24, c), que sanciona precisamente el “*prestar el servicio en condiciones distintas a las autorizadas*”. (Precepto éste, por cierto en el que debe suprimirse el inciso relativo a la afectación a la seguridad de las personas, en concordancia con lo indicado anteriormente respecto de una similar mención en el artículo 25, d).

IV. Especial comentario merece la regulación proyectada sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil en esta actividad de transporte.

Conforme señalamos en el Antecedente Primero, la memoria justificativa del Anteproyecto expresó que con el mismo se pretendían reforzar las garantías de los usuarios estableciendo con carácter obligatorio que todas las embarcaciones dispusieran del correspondiente seguro que cubriera los daños que pudiera generar esta actividad. Sin embargo, el Ante-

proyecto no resulta lo suficientemente claro en este punto. En primer lugar, la Exposición de Motivos es confusa en cuanto que el inciso “*en los términos exigidos por la legislación vigente*”, puede llevar a pensar que el Anteproyecto no pretende establecer un nuevo seguro de responsabilidad civil (como sí lo hace la ley catalana citada en su artículo 7.2, c), sino fijar como requisito para el otorgamiento de la autorización de transporte el que la empresa naviera tenga suscrito el seguro que viniera obligada a constituir conforme a la normativa estatal en materia de marina mercante. Tal conclusión se ratifica en cuanto el proyectado artículo 9.1, f) exige un certificado de la compañía aseguradora de que la embarcación dispone del seguro de responsabilidad civil de la empresa prestadora del transporte que cubra los daños que pueda generar su actividad, “*en los términos exigidos por la normativa vigente*”, lo que podría entenderse que se refiere al seguro exigido por las normas estatales, o al establecido por el Anteproyecto, o a ambos. El artículo 25, f) y g), por su parte, tipifica como infracción la no suscripción de la póliza, o no estar al corriente de pago, o suscribir con cobertura o importe insuficientes, “*los seguros establecidos en la presente ley*”, expresión que parece confirmar la intención expresada en la memoria y Exposición de Motivos. En cualquier caso debe decirse que, por las expresadas razones de índole competencial, la Administración regional carecería de facultades para tipificar como infracción y sancionar el incumplimiento de unas obligaciones de aseguramiento civil establecidas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de marina mercante.

Debe aclararse, pues, tan importante cuestión, y en la hipótesis de que se haya pretendido establecer un nuevo seguro de responsabilidad civil para el transporte marítimo regional, debería eliminarse la duda que a tal efecto se desprende del antepenúltimo párrafo de la Exposición de Motivos, y modificar el proyectado artículo 9.1, f), para expresar en el mismo, análogamente a lo establecido en el reseñado artículo de la ley catalana, que se exige el certificado acreditativo de la suscripción y vigencia del seguro de responsabilidad civil en los términos que se determinen por vía reglamentaria, aclarando, como se hace en dicha norma, que la suscripción de ese seguro se entiende sin perjuicio de otros que deban ser formalizados conforme con otras normativas sectoriales. Dicha habilitación reglamentaria permitiría la posterior ponderación de los riesgos y coberturas a garantizar, considerando los supuestos y condiciones en que ya es exigible a las empresas navieras el aseguramiento de su responsabilidad conforme a la normativa estatal indicada.

V. Por otra parte, la habilitación reglamentaria “*en blanco*” que se contiene en el artículo 9.2 del Anteproyecto, para que por norma de este rango se puedan exigir “*nuevos documentos o modificar los existentes*” (se querrá decir “*modificar los exigidos en esta Ley*”), resulta contraria a la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad.

Así, en nuestro Dictamen 90/2001, de 15 de octubre, recordamos la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias como la 83/1984, de 24 de julio, que expresó que “*el principio de reserva de Ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las Leyes tengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador*”.

Sobre el alcance de dichas remisiones, sigue diciendo el Alto Tribunal que *“han de ser tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”*. Por ello, son contrarias a la Constitución las *“remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la Norma constitucional creadora de la reserva”* (S. 99/1987 de 11 de junio).

Aplicado al caso que nos ocupa, el principio de libre prestación de la actividad de transporte marítimo de que se trata, garantizado por la normativa comunitaria reseñada en su momento, requiere acotar de un modo lo suficientemente preciso el ámbito de operatividad reglamentaria en lo que concierne a nuevos requisitos condicionantes del ejercicio de dicha actividad.

En este sentido, parece necesario que el comentado precepto establezca, al menos, que dicha nueva documentación, o la modificación de la establecida en la futura Ley, deberá referirse a requisitos u obligaciones dirigidos a la protección de los derechos de los pasajeros en cuanto usuarios del servicio, o a la protección del medio ambiente marino, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma, pues éstas parecen ser las finalidades del Anteproyecto cuyo cumplimiento, en hipótesis, habría de optimizarse por vía reglamentaria, por utilizar los términos de la transcrita sentencia.

VI. Por último, dentro de las observaciones de índole constitucional a que se dedica esta Consideración, hay que referirse a la regulación que sobre la reincidencia, a efectos sancionadores, se establece en los artículos 24, i) y 25, j) en relación con el 27.3 del Anteproyecto.

Así, los dos primeros preceptos tipifican como infracción grave *“la reincidencia en la comisión de infracciones leves”*, y como muy grave *“la reincidencia en la comisión de infracciones graves”*. Por su parte, el artículo 27.3 contempla la reincidencia como circunstancia agravante a los efectos de determinar el importe de la sanción dentro de los límites cuantitativos establecidos en el artículo 27.1 para cada clase de infracciones. Existe con ello un margen de incertidumbre, contrario al principio de seguridad jurídica, en lo que se refiere a los supuestos en que tal reincidencia haya de operar como circunstancia constitutiva del tipo agravado de infracción previsto en los citados artículos 24 y 25, o como circunstancia agravante dentro de los límites cuantitativos asignados a cada clase de infracción en el artículo 27.1. Para eliminar tal situación, parece lógico considerar que la primera conducta reincidente sea sancionada considerando tal reincidencia como agravante a los solos efectos del artículo 27.3, y que sea la comisión por tercera o posteriores veces de una infracción de igual naturaleza de carácter leve o grave lo que conformara los tipos agravados previstos en los artículos 24, i) y 25, j), respectivamente. A tal fin, debería modificarse la redacción de estos dos últimos preceptos, en el sentido indicado.

Por análogas razones, atinentes al principio de legalidad en materia sancionadora, es necesario que en la proyectada Disposición Final Segunda se incluya el parámetro que haya de aplicar el Consejo de Gobierno para actualizar el importe de las sanciones previsto en el Anteproyecto (el Índice de Precios al Consumo o cualquier otro que cumpla con las exigencias de certeza y objetividad necesarias en este punto).

CUARTA.- Otras observaciones al Anteproyecto.

Para la mejora técnica del Anteproyecto en diversos aspectos, de naturaleza distinta a la que se ha analizado en la precedente Consideración, procede realizar las siguientes observaciones.

–Artículo 10.1, b) y c).

En el número 1, b), no resulta apropiada la referencia a los “*términos*” de los Ayuntamientos en los que se pretende desarrollar el transporte objeto de autorización. Debería referirse a los Ayuntamientos costeros entre cuyos puertos o puntos se pretenda realizar dicho transporte.

En la letra c) de dicho número 1, debe completarse: “*en función del recorrido, al organismo...*”.

–Artículo 11.1 y 3.

En el número 1, corregir: “*...se entenderá desestimada*”.

En el número 3, completar: “*...de los lugares donde se inicien, finalicen o efectúen escalas los transportes cuya realización se autoriza*”, o similar expresión.

–Artículo 13.1, h) y 2.

En el número 1, h), debe completarse: “*...puertos o lugares de partida y de destino en caso de servicios regulares...*”.

Debería corregirse la redacción del último inciso del número 2. No es correcto referirse a las “*modificaciones de las existentes*” (inciso final), sino a modificar “*las menciones establecidas en el número 1*”. Ello sin perjuicio de indicar que tal posibilidad no parece justificada, dada la esencialidad de tales menciones.

–Artículo 14.3.

Carece de sentido la limitación al ámbito territorial de la Región de los efectos del Registro de autorizaciones que se regula, como se pretende en el número 3 de este artículo. Al no disponerse otra cosa, el efecto autorizatorio se produce con el mismo otorgamiento de la autorización (lo que resulta lógico) y ello implica que los efectos del Registro son de mera publicidad, es decir, de carácter general (y no limitados a la Región), y así debería aclararse.

–Artículo 19.3.

En el número 3, debería sustituirse la referencia a la presunción de veracidad de las actas de inspección por la de que “*tendrán valor probatorio*”, para ajustarse a lo establecido en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, ya citada.

–Artículo 23, e).

En la letra e), debe completarse: “*...que constituyan infracción de las obligaciones establecidas en la presente Ley en materia de transporte...*”, o similar.

–Artículos 24, b) y 25, b).

Estos preceptos tipifican como infracción la “*ocupación*” sin título alguno de líneas regulares o discrecionales, y tienen carácter grave o muy grave si con ello se interfiere o no la normal actividad de transporte, o si se realiza tal conducta desatendiendo el requerimiento administrativo de cesación de la misma.

Resulta incorrecta tal tipificación, pues supone una inadecuada traslación al ámbito del transporte marítimo de lo dispuesto en el artículo 116.1, c) LPMM, que se refiere a la ocupación del dominio público portuario, en donde tiene sentido tal infracción, en cuanto se trata de un espacio susceptible de ser “ocupado”, lo que no ocurre con las “líneas regulares o discrecionales”, que no son sino actividades de transporte plenamente liberalizadas (que se prestan, eso sí, previa autorización de otorgamiento reglado por la Administración).

–Artículo 24, g).

No resulta clara la infracción prevista en la letra g) del artículo 24, consistente en “*todo cambio, sin título habilitante, en el uso al que esté destinado el transporte marítimo de pasajeros*”. Si a lo que se refiere el precepto es al cambio en el uso autorizado a una determinada embarcación por parte de la Administración de marina mercante, hemos de reiterar lo expresado en la Consideración precedente sobre los proyectados artículos 25, h) e i), es decir, la falta de competencia de la Administración regional para sancionar la contravención de normas estatales en materia de seguridad marítima y el incumplimiento de las condiciones establecidas en autorizaciones y certificaciones expedidas por aquella Administración. Además, interpretado el precepto dentro de las competencias regionales, esta infracción estaría subsumida en la tipificada en la letra c) de este artículo 24, al tratarse de la prestación del transporte en condiciones distintas de las autorizadas por la Administración regional. Por todo ello, debería suprimirse.

–Artículo 25, a).

Tampoco resulta clara la infracción tipificada en la letra a) de este artículo, consistente en realizar servicios de transporte marítimo “*que excedan del ámbito territorial específicamente autorizado*”. Por una parte, debe rechazarse una interpretación literal, pues es claro que no puede sancionarse la realización de transporte cuando su ámbito (marítimo y no “territorial”) es interautonómico. Tampoco puede referirse al incumplimiento de la ruta, puertos o lugares de destino que establezca la autorización, conforme se prevé en el artículo 13.1, h) para el transporte regular de pasajeros, pues ello ya se sanciona en el artículo 24, d); y no puede referirse al transporte discrecional porque no se prevé en dicho artículo 13.1 ninguna limitación al respecto, lo cual es lógico, por otra parte, dado el carácter imprevisible de sus itinerarios y rutas, según el concepto de este transporte que se establece en el proyectado artículo 3.3. Cuestión distinta es que, a efectos informativos, se prevea en el artículo 9.1, d) que en las solicitudes de transporte discrecional se indique la zona del litoral y puntos del transporte previstos o previsibles, pero si tal limitación zonal se llevase al contenido de la autorización y se sancionase su incumplimiento, parece claro que los interesados en esta clase de transporte optarán, con toda licitud, a señalar como zona de operaciones y rutas a todo el litoral regional.

Por todo ello, debe aclararse el comentado precepto, a la vista de lo señalado.

–Artículo 25, f).

Debe eliminarse el último inciso, relativo a la infracción penal, pues la no suscripción, o el no estar al corriente de pago de los seguros (en rigor, del seguro de responsabilidad civil) establecidos en esta Ley, debe constituir en todo caso infracción de la misma, sin perjuicio de que si tal conducta resultara también penalmente punible, deberá estarse a los principios de preferencia penal y “*non bis in idem*”.

–Artículo 26.3.

Debería completarse y perfeccionarse: “...un plazo para que la persona interesada solicite la correspondiente autorización o, en su caso, ajuste las condiciones de prestación del servicio a los términos establecidos en la autorización otorgada, de forma que no afecte a la seguridad de las personas, sin perjuicio en todo caso de las competencias de la Administración del Estado en la materia”, o expresión similar.

–Artículo 27.2 y 3.

En el número 2, completar: “...infracciones tipificadas en el artículo...”.

En el número 3, modificar: “...haber procedido a subsanar la infracción a requerimiento de la Administración en el plazo a que se refiere el artículo 26.3, o con anterioridad a dicho requerimiento”, por coherencia con lo dispuesto en este último artículo.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe completarse el expediente con la documentación y el informe a que se hace referencia en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia para aprobar el Anteproyecto de Ley objeto de Dictamen, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Tercera en relación con los siguientes preceptos: artículos 1.1; 4, e); 5, b) y d); 9.1, h); 9.2; 23, d); 24, c), h) e i); 25, d), h), i) y j).

TERCERA.- Para la mejora técnica del Anteproyecto, y por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen, deben tenerse en cuenta las observaciones allí realizadas sobre las siguientes determinaciones del texto: Exposición de Motivos (antepenúltimo párrafo); artículos 9.1, f); 10.1, b) y c); 11.1 y 3; 13.1, h) y 2; 14.3; 19.3; 23, e); 24, b), f) –ahora, por error, i)– y g); 25, a), b), f) y g); 26.3; 27.2, y 3.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 28/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. B. Á., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 05/03/07

Extracto de Doctrina

Conviene recordar, como reiteradamente ha indicado el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen 29/2006), la necesidad de que las imputaciones de los reclamantes sobre inadecuada praxis médica por parte de los sanitarios públicos vayan acompañadas de los

correspondientes medios probatorios, jugando un papel esencial las pruebas periciales cuando se reprocha al profesional de la sanidad pública fallos en el curso de una intervención quirúrgica, o actuación sanitaria.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de marzo de 2005 (registro de entrada) D. M. B. Á. presentó reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por la asistencia recibida en el Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz.

Describe que fue operada el 2 de noviembre de 1998, de urgencia y por vía laparoscópica, siendo diagnosticada de Ileititis terminal, probable Crohn, y dada de alta el 6 de noviembre siguiente. Como consecuencia de esta operación manifiesta que le ha quedado un dolor crónico hipopátrico derecho irradiado hacia la zona lumbar derecha y cara anterior del muslo derecho y, pese a las pruebas que le han realizado, no ha observado mejoría por negligencia de los profesionales que la han atendido.

Como consecuencia de los hechos relatados solicita que la Administración regional se haga cargo de los daños ocasionados, cuya cuantía justificará posteriormente, incrementada en 20.000 euros en concepto de daños morales.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de abril de 2005 la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo notificada a los interesados, así como al Hospital Comarcal del Noroeste, al que solicita la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la paciente.

TERCERO.- Recibida la documentación del Hospital Comarcal del Noroeste, la historia clínica se completa con varios informes:

El del Dr. A. M. G., FEA de Cirugía General y Aparato Digestivo, que informa de la operación que realizó a la reclamante:

“1.º Dicha paciente fue operada por mí el 2-11-98, con carácter urgente. El criterio de cirugía urgente fue determinado ante la presencia de dolor abdominal, fiebre, leucocitosis, valoración ginecológica, y ecografía en la que se objetivaba la presencia de líquido libre intraperitoneal. Ante estos hallazgos, con el diagnóstico de abdomen agudo, no sólo está justificada, sino que es obligada la realización de una exploración quirúrgica para determinar y corregir la causa de dicho abdomen agudo, cuya etiología más frecuente es una apendicitis aguda, aunque otras causas pueden ser de origen ginecológico, o como en este caso, una ileitis distal. Además, la vía de abordaje fue laparoscópica, porque aporta las ventajas de una mayor visibilidad del campo quirúrgico, sobre todo en un abdomen agudo de una mujer en edad fértil, aparte de la casi desaparición de las complicaciones de la herida quirúrgica, en este caso tres miniincisiones de 5, 10 y 10 mms.

2.º El diagnóstico al que se llegó en dicho acto quirúrgico fue ileitis terminal, y se practicó apendicectomía. Tras el alta hospitalaria, y ser revisada por dos veces en nuestra consulta con carácter ambulatorio, fue enviada a la consulta de Aparato Digestivo para descartar una enfermedad de Crohn, y me consta que se hicieron todas las exploraciones indicadas al respecto. Asimismo, y ante la ausencia de hallazgos diagnósticos de dicha enfermedad, fue remitida a las consultas de Rehabilitación, Neurocirugía y Unidad del Dolor.

3°. *Respecto a las posibles causas de dolor crónico, aparte de haber presentado previamente a la intervención antecedentes de dolor pélvico crónico, como se refleja en mi informe de alta, existe una evidencia objetiva de una causa probable: en una resonancia magnética nuclear se apreció una estenosis del canal medular. La única causa –infrecuente– de dolor crónico de pared abdominal relacionada con la cirugía podría ser una cicatriz dolorosa. Cuando fue revisada en nuestra consulta, el dolor lo refería en hipogastrio y fosa iliaca derecha, precisamente donde no existe cicatriz alguna de abordaje laparoscópico, aparte de que en este abordaje la posibilidad de cicatriz dolorosa es excepcional (precisamente la principal ventaja de la vía laparoscópica es la desaparición casi completa del dolor postoperatorio y de las complicaciones de la herida quirúrgica, entre otras).*

4°. *En cuanto a la consideración por parte de la paciente de conducta negligente de los profesionales de este Hospital, en lo que a mí respecta, la paciente fue intervenida quirúrgicamente con un criterio correcto (dolor, leucocitosis, fiebre, líquido libre en ecografía... lo cual está documentado); tras un diagnóstico quirúrgico, y tras ser revisada en nuestra consulta, fue remitida a diferentes servicios (Rehabilitación, Unidad del Dolor, Neurocirugía...), por lo cual en ningún momento se ha incumplido la “lex artis”.*

El Dr. L. S., facultativo de la Unidad del Dolor, informa lo siguiente (folio 15):

“Paciente con antecedentes de dolor abdominal crónico, que estando pendiente para esterilización quirúrgica, acude a Urgencias por dolor abdominal de 24 horas de evolución, interviniéndose por vía laparoscópica de abdomen agudo (noviembre-98), diagnosticándose de Ileítis distal (probable enfermedad de Crohn).

En julio-03 es vista por Rehabilitación por un cuadro de lumbalgia (que la paciente relaciona con la intervención quirúrgica) practicándose TAC lumbar y EMG, diagnosticándose de lumbalgia secundaria a estenosis congénita de canal lumbar en los segmentos L-4-L5 y L5-S1, recomendando valoración quirúrgica por Neurocirugía, y remitiendo a su médico de atención primaria para tratamiento sintomático de su dolor:

Posteriormente es vista por Neurocirugía de la Arrixaca por dolor hipogástrico derecho, irradiado hacia zona lumbar y cara anterior de muslo derecho. Con exploración neurológica normal, se practica EMG, TAC y RMN resultando normales, por lo que al no evidenciar patología, alguna, se aconseja sea remitida a la Unidad del Dolor.

El 28-10-04 es vista en consulta de la Unidad del Dolor, refiriendo dolor cicatricial lancinante que localiza sobre cicatriz quirúrgica, y que irradia a zona lumbar (L4-S1). No consta, irradiación hacia miembro inferior derecho. Frente a los TAC referenciados, todos normales, menos uno que refiere estenosis congénita del canal a ese nivel, y la apreciación subjetiva de la paciente de dolor sobre la cicatriz, se diagnostica de “dolor neuropático de probable origen cicatricial”, prescribiendo EMLA y KATRUM durante un mes, tras el cual se le recomienda, vuelva a consulta antes de la Navidad para conocer la evolución y plantear, si procede, infiltraciones locales de anestésicos locales y esfereoides, antes de dirigir el diagnóstico definitivo a su estenosis de canal (y así consta en su Historial Clínico).

La paciente no vuelve a ser vista por nuestra Unidad.”

También se remite informe de la Dra. S. J. M. (folio 17), del Servicio de Rehabilitación, que detalla que se le recomendó tratamiento conservador con normas posturales de protección de espalda, uso de lumbostato diurno sobre todo para la bipedestación-marcha prolon-

gada y analgésico si había dolor; además, dada la persistencia del dolor, se le recomendó revisión por Cirugía y/o Aparato Digestivo, siendo alta el 27 de enero de 2000.

Posteriormente el Hospital Comarcal del Noroeste remite informe del Dr. O. F.-D. (folio 97), del Servicio de Rehabilitación, quien emite el siguiente juicio clínico: *“Lumbalgia crónica secundaria a estenosis de canal con dolor irradiado a M.M.I.I. sin hallazgos de afectación radicular”*, y que ante la cronicidad del cuadro y la mala respuesta del tratamiento conservador, remite a la reclamante a Neurocirugía para valorar tratamiento quirúrgico, dándole el alta el 18 de julio de 2003.

CUARTO.- Con fecha 23 de febrero de 2006 se emite informe por la Inspección Médica (folios 112 y ss), proponiendo la desestimación de la reclamación sustentada en las siguientes conclusiones:

“La reclamante fue intervenida el 02/11/98, mediante la técnica de laparoscopia por un abdomen agudo, con el diagnóstico final de ileitis distal. El tratamiento quirúrgico planteado fue el adecuado.

La indicación de la técnica en una mujer en edad fértil está avalada en la literatura consultada tanto por la alta capacidad diagnóstica, como por la baja tasa de complicaciones.

Tras la intervención ha sido atendida por los diferentes especialistas (Cirugía y Digestivo, Neurocirugía, Ginecología, rehabilitación y Unidad, del Dolor) proporcionándole las exploraciones complementarias que podían orientar el origen del dolor crónico referido, no dando por finalizadas las posibilidades terapéuticas. A la vista de la documentación examinada puede decirse que todos los profesionales actuaron de forma correcta.

Previo a la intervención consta en la historia antecedentes de dolor pélvico crónico. Considero que hay que tener en cuenta que la causa de la intervención fue una ileitis que originó líquido en el abdomen, y entre sus rasgos clínicos característicos esta el dolor abdominal.

No se ha encontrado ninguna causa objetiva del dolor, salvo en el TAC (20/12/02) que mostraba una estenosis de canal lumbar L5-S1 congénita.

No puede asegurarse que el dolor referido sea consecuencia de la intervención.”

QUINTO.- La compañía aseguradora Z. aporta dictamen realizado colegiadamente por los doctores I. G., C. L., D. Z. A. y O. C., todos ellos especialistas en Cirugía y los tres primeros en Aparato Digestivo.

El mencionado dictamen llega a las siguientes conclusiones:

a. *“1. La intervención realizada en noviembre de 1998 era correcta y la vía laparoscópica indicada.*

b. *Se introdujeron 3 trocares para la realización de la técnica, como es habitual.*

c. *Se realizó diagnóstico, extirpación del apéndice de manera profiláctica y una ligadura de trompas a petición de la paciente.*

d. *Tras la cirugía, de manera correcta, se derivó a la paciente al especialista de digestivo para tratamiento de su posible enfermedad de Crohn.*

e. En el post-operatorio presentó unos dolores a nivel de la columna lumbar irradiados a FID que no han cedido con el tiempo.

f. La paciente ha pasado por múltiples especialistas sin que se haya podido demostrar la etiología del dolor.

g. A pesar de la realización de múltiples pruebas diagnósticas, entre las que se incluyen RMN, TACs y EMG, no se ha podido demostrar la existencia de patología orgánica alguna.

h. Es posible que nos encontremos ante un dolor de tipo funcional, de difícil diagnóstico etiológico y difícil tratamiento.

i. La paciente acude en último lugar a la Unidad del Dolor y no acude más tras la primera visita.

j. El diagnóstico de esta Unidad es de posible neuropatía, que no ha sido demostrada.

k. El dolor no se corresponde con el lugar de inserción de los trocares para laparoscopia.

l. A la vista de la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que han tratado a la paciente lo hicieron de manera correcta, de acuerdo con la "lex artis ad hoc".

SEXTO.- Se comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia, sin que hasta la fecha se haya presentado alegación alguna por parte de la reclamante.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 24 de octubre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse probado la existencia de nexo causal entre el daño que padece la reclamante y la asistencia recibida de los profesionales del Servicio Murciano de Salud.

OCTAVO.- Con fecha 4 de noviembre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo

139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

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

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de reclamación, en caso de daños personales, empieza a computarse desde la determinación del alcance de las secuelas, según establece el artículo 142.5 LPAC, habiendo considerado la propuesta de resolución la temporaneidad de la misma porque la última consulta que figura en el expediente fue la realizada a la Unidad de Dolor el 28 de octubre de 2004, y la reclamación se presentó el 2 de marzo de 2005, dentro del año.

Sin embargo, conviene matizar que si la reclamación se hubiera circunscrito exclusivamente a imputar al Servicio Murciano de Salud las secuelas derivadas de la intervención quirúrgica practicada el 2 de noviembre de 1998, podría sostenerse fundadamente por la Administración regional la prescripción de la acción, en tanto que el Servicio de Rehabilitación, ante las manifestaciones de la paciente que relacionaba el dolor en la región inguinal con dicha intervención, y tras las pruebas que realizaron, le dio de alta el 18 de julio de 2003 con el siguiente juicio clínico:

“lumbalgia crónica secundaria a estenosis congénita de canal con dolor irradiado a M.M.I.I, sin hallazgos de afectación radicular”.

Por tanto, a partir de ese momento la paciente podría haber ejercitado la acción de reclamación, por cuanto la secuela se encontraba ya estabilizada, y se hallaba en condiciones de ejercitar la acción valorando el daño (STS, Sala 3ª, de 24 de marzo de 1992).

Realizada tal consideración, dado que la reclamación no se ha contraído a la intervención quirúrgica que le fue realizada en el año 1998, sino también a la actuación posterior de los facultativos que la han atendido, a los que también se les imputa negligencia, al no haber observado la paciente mejoría en sus dolencias, motiva que el Consejo Jurídico muestre su conformidad con la propuesta de resolución, en cuanto a entrar a considerar el fondo de la cuestión reclamada, puesto que la última visita documentada en el expediente fue la realizada a la Unidad de Dolor el 28 de octubre de 2004.

TERCERA.- Procedimiento y medios probatorios.

A la vista de la documentación remitida, puede afirmarse que, en lo sustancial, se ha seguido lo establecido al respecto en la LPAC, y en el RRP, salvo el plazo máximo para resolver previsto en el artículo 13.3 del precitado Reglamento.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia total de prueba por parte de la reclamante de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva a la misma; en el presente supuesto, ni tan siquiera los informes médicos de los distintos facultativos del Hospital Comarcal de Caravaca, de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia que se le ha otorgado, sin que ni tan siquiera haya comparecido. A este respecto la SAN, de 27 de junio de 2001, destaca: *“Que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en*

materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”.

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

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

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la “*lex artis*” como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La reclamante imputa al servicio público sanitario que la asistencia recibida del Hospital Comarcal del Noroeste ha sido totalmente negligente, pues persiste un dolor crónico hipopátrico derecho irradiado a zona lumbar derecha y cara anterior del muslo, que atri-

buye a la intervención que se le realizó, con carácter urgente y por vía laparoscópica, el 2 de noviembre de 1998.

Sin embargo, dichas imputaciones quedan relegadas a meras manifestaciones de la reclamante ante su pasividad probatoria, frente a la existencia de abrumadoras valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos de la sanidad pública que concluyen en su adecuación a la “*lex artis*”. A este respecto conviene recordar, como reiteradamente ha indicado el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen 29/2006), la necesidad de que las imputaciones de los reclamantes sobre inadecuada *praxis* médica por parte de los sanitarios públicos vayan acompañadas de los correspondientes medios probatorios, jugando un papel esencial las pruebas periciales cuando se reprocha al profesional de la sanidad pública fallos en el curso de una intervención quirúrgica, o actuación sanitaria.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala *praxis* médica, ni siquiera indiciariamente, que lleve a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, ha de estarse al parecer de la Inspección Médica, dado el carácter eminentemente técnico de la misma (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005 del Consejo Jurídico), que no aprecia infracción de la “*lex artis*”, según se transcribe en el Antecedente Cuarto:

“La reclamante fue intervenida el 02/11/98, mediante la técnica de laparoscopia por un abdomen agudo, con el diagnóstico final de ileitis distal. El tratamiento quirúrgico planteado fue el adecuado.

La indicación de la técnica en una mujer en edad fértil está avalada en la literatura consultada tanto por la alta capacidad diagnóstica, como por la baja tasa de complicaciones.

Tras la intervención ha sido atendida por los diferentes especialistas (Cirugía y Digestivo, Neurocirugía, Ginecología, rehabilitación y Unidad, del Dolor) proporcionándole las exploraciones complementarias que podían orientar el origen del dolor crónico referido, no dando por finalizadas las posibilidades terapéuticas. A la vista de la documentación examinada puede decirse que todos los profesionales actuaron de forma correcta.

Previo a la intervención consta en la historia antecedentes de dolor pélvico crónico. Considero que hay que tener en cuenta que la causa de la intervención fue una ileitis que originó líquido en el abdomen, y entre sus rasgos clínicos característicos esta el dolor abdominal.

No se ha encontrado ninguna causa objetiva del dolor, salvo en el TAC (20/12/02) que mostraba una estenosis de canal lumbar L5-S1 congénita.”

(...).

Además conviene destacar un dato digno de resaltar por parte de los peritos de la aseguradora en el sentido de que el dolor no se corresponde con el lugar de inserción de los trocates para laparoscopia (folio 127).

Pero aun en la hipótesis, no corroborada por la Inspección Médica, de que el dolor irradiado, como sostiene la reclamante, pudiera tener un origen cicatricial (en el abordaje laparoscópico la posibilidad de cicatriz dolorosa es excepcional, según indica el facultativo que la intervino, pues la principal ventaja de dicha técnica es la desaparición completa del dolor postoperatorio y de las complicaciones de la herida quirúrgica, entre otras), tampoco

abocaría a estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, pues la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, y en el presente supuesto el servicio sanitario puso todos los medios posibles para la curación del paciente en el sentido expuesto por la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005, “*A la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que puede sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. Esto es así porque lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (...)*”. Por otra parte también conviene resaltar que, previo a la intervención, la paciente padecía dolor pélvico crónico, según consta en la historia (folio 119).

En consecuencia, conforme a la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999, la ausencia de prueba de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible a la parte reclamante, debe abocar a la desestimación de lo pedido, sin que tampoco la reclamante haya concretado finalmente la cuantía indemnizatoria total reclamada, según indicó en el escrito de reclamación.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no concurrir los requisitos para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en materia sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 29/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª A. M. G. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 05/03/07

Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado (Dictamen núm. 2411/2000) se ha pronunciado favorablemente a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por la antijuridicidad del daño sufrido por docentes, cuando haya sido ocasionado por alguno de los alumnos que se encuentran bajo la custodia del centro y durante el desarrollo de su actividad escolar.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de junio de 2006 D. A. M. G. R., jefa de estudios adjunta del IES “Monte Miravete” de Torregüera, presentó reclamación por los daños ocasionados al vehículo de su propiedad los días 29 y 31 de marzo, y 6 y 7 de abril del 2006, cuando se encontraba aparcado en el recinto escolar.

Describe los hechos ocurridos del siguiente modo:

“En los días 29 y 31 de marzo, y 6 y 7 de abril, estando mi coche dentro del aparcamiento del Instituto, le realizaron tres abolladuras en las aletas, varios arañazos en el capó, y le rompieron el espejo retrovisor izquierdo.

A la vuelta de vacaciones, el día 24 y siguientes, estuve investigando para encontrar al causante o causantes de los hechos con resultados negativos.

Solamente he podido enterarme de que se han estado apoyando en los coches hasta que los abollaban como medio de diversión”.

Por ello, solicita a la Consejería que le abone la cantidad de 702,80 euros conforme al presupuesto que acompaña, que describe los siguientes daños:

“Reparar abolladuras y arañazos por vandalismo en aletas delanteras, aleta trasera izquierda, capote delantero, y retrovisor izquierdo.

Pintar: aletas delanteras, la trasera izquierda y el capote.

Retrovisor izquierdo.

Cubierta retrovisor”.

También adjunta a su solicitud informe del director del IES que señala:

“En relación a los desperfectos sufridos por el coche de la citada profesora, cuando éste se encontraba en el aparcamiento del Instituto, durante la última semana del mes de marzo, debo manifestar que después de realizar distintas pesquisas con la finalidad de descubrir a los autores de los hechos, no hemos podido averiguar la identidad de los mismos”.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de junio de 2006 el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución a la interesada el 6 de julio siguiente.

TERCERO.- A instancia del órgano instructor, con fecha de 29 de junio de 2006, se solicita informe al director del IES sobre el acaecimiento de los hechos, siendo emitido el 7 de julio siguiente con el siguiente contenido:

1 °. No hay testigos del suceso en cuestión.

2 °. Que fue la propia profesora en su calidad de jefa de estudios adjunta la que realizó diferentes gestiones para localizar a los autores de los daños. Básicamente se centró en preguntar a varios profesores de guardia de patio y a alumnos que frecuentan la zona, si habían observado alguna irregularidad en torno a su coche durante esos días. Las respuestas en todos los casos fueron negativas.

3°. *Sí es cierto que algunos alumnos/as en los recreos se ubicaban en el aparcamiento de coches de los profesores, habiéndome encontrado personalmente a un alumno patear literalmente mi propio vehículo. Debo comentar igualmente, tal y como me informó en su momento el secretario del instituto, que el coche de otro profesor que se encontraba aparcado en el mismo lugar que el afectado sufrió igualmente daños en su espejo retrovisor.*

Como consecuencia de estos hechos que venían proliferando en los últimos meses, se decidió por la dirección del centro cerrar con malla metálica el recinto del aparcamiento para evitar daños de esta naturaleza.

4°. *Durante los días en que acontecieron los hechos no se tiene información de que personas extrañas accediera al mismo o se les viera por su interior.*

5°. *Podemos afirmar igualmente que el hecho que motivó los desperfectos del coche tuvo lugar durante el horario lectivo, ya que la profesora lo detectó hacia el mediodía al finalizar sus actividades profesionales.*

6°. *Por último debo informar de que los profesores de guardia cumplen estrictamente sus funciones de control y vigilancia tanto en pasillos y aulas como en patios”.*

CUARTO.- Con fecha 14 de septiembre de 2006 se remitió oficio al Parque Móvil para que emitiese informe acerca de la correspondencia entre los daños alegados y los conceptos que aparecían en el presupuesto aportado por la interesada, así como si los precios indicados en la misma se ajustaban a los valores de mercado.

Con fecha 21 de septiembre de 2006 se contesta a dicha petición indicando el Jefe de Taller que *“la cantidad reclamada de 702,80 euros, por los conceptos que se detallan en la factura de reparación de los daños sufridos, se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por estos conceptos”.*

QUINTO.- Requerida la interesada para que aportara la factura de la cantidad efectivamente abonada por la reparación de su vehículo, a efectos de acreditar la realidad y cuantía de los daños alegados, es cumplimentado el 26 de septiembre de 2006 (registro de entrada), aportando una factura de 702,80 euros.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, el 19 de octubre de 2006 presenta un escrito en el que manifiesta su conformidad con el expediente de responsabilidad patrimonial abierto, así como con la relación de documentos obrantes en él.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 20 de octubre de 2006, estima la reclamación, por existir la responsabilidad de la Administración educativa, y tratarse de daños que la interesada no tiene el deber jurídico de soportar.

OCTAVO.- Con fecha 26 de octubre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La condición de profesora de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiendo el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 LPAC, no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación causa a efecto ante el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos, nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocido en la legislación sobre función pública. Así el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

En el mismo sentido el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2411/2000) se ha pronunciado favorablemente a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por la antijuridicidad del daño sufrido por docentes, cuando haya sido ocasionado por alguno de los alumnos que se encuentran bajo la custodia del centro y durante el desarrollo de su actividad escolar. También el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 397/2000) ha señalado que *“si bien, en principio, el titular de los centros públicos educativos responde de los daños causados por los miembros de la comunidad escolar, a ellos mismos o a terceros, en sus personas o en sus bienes, es necesario que quede acreditado que los referidos daños fueron causados por el personal o los alumnos del centro y durante la jornada escolar”*.

En cuanto al cumplimiento del plazo para su ejercicio, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos; no obstante debe excluirse del expediente el folio 24, correspondiente a un informe de una directora de otro centro escolar sobre unos hechos ajenos al mismo.

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

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo que se acredita con la factura aportada por la interesada, y que asciende a la cantidad de 702,80 euros.

Por otra parte, el daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte de la afectada de soportarlo, de acuerdo con el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona, o en sus bienes, por el desempeño de funciones o tareas reconocidas en la legislación sobre función pública, al que nos hemos referido en la Consideración Segunda. Ciertamente, cuando ocurrieron los hechos, la afectada estaba realizando las tareas propias de la prestación del servicio público docente, en su condición de profesora, mientras impartía clases.

Sentado lo anterior, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite apreciar la existencia de un título de imputación al servicio público educativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, a diferencia del supuesto objeto de nuestro Dictamen núm. 99/2006, que

afectó al mismo Instituto. En efecto, en el presente caso el suceso se produjo durante las horas lectivas, mientras los alumnos se encuentran bajo la dependencia del centro escolar y vigilancia de los profesores de guardia, durante el transcurso de las actividades escolares propias del mismo. Añade además el director del IES que los alumnos, durante los recreos, se ubicaban en el aparcamiento de coches de los profesores, y que personalmente vio patear a alguno su propio vehículo, resultando también afectado el coche de otro profesor aparcado junto al de la profesora reclamante. Como consecuencia de estos hechos, la dirección del centro decidió tomar medidas preventivas, cerrando con malla metálica el recinto del aparcamiento para evitar daños de esta naturaleza.

A mayor abundamiento el artículo 1903, último párrafo, del Código Civil establece que los titulares de los centros docentes responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares.

Las circunstancias que concurren en el supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que concurren todos los elementos necesarios para ello. Así, ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en la reclamante y valorado en 702,80 euros, sin perjuicio de la actualización correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC, y que ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, dado que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, al concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 30/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a C. V. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. M. V., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 05/03/07

Extracto de Doctrina

Es doctrina del Consejo de Estado que no pueden ser imputados a la Administración todo tipo de perjuicios cuyo origen se encuentre en la conducta de los alumnos, sino que habrán de tenerse en cuenta factores como la edad de éstos, las circunstancias en las que el suceso se produjo o las posibilidades reales de controlar las conductas de los jóvenes por las autoridades docentes (Dictamen 809/1999). Por ello excluye cualquier relación

causal entre el servicio público educativo y los incidentes o hechos dañosos producidos por alumnos fuera del horario escolar, pues no se comprende cómo los profesores, que ya no tienen a los alumnos bajo su guarda, pueden evitar los correspondientes daños (Dictamen 2425/2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de abril de 2006, D. C. V. H., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Consejería de Educación y Cultura, por las lesiones sufridas por su hijo, F. M. V., el día 21 de abril de 2005, en el Instituto de Educación Secundaria (I.E.S.) “El Bohío” de Cartagena, en el que cursa estudios de 1º de Educación Secundaria Obligatoria (ESO). Según el relato fáctico de la interesada, *“el mencionado día, mi hijo fue objeto de una primera agresión por parte de su compañero V. M. M. cuando se encontraban en clase de francés, agresión que consistió en un puñetazo en la cara y de la que fueron testigos todos los alumnos de dicha clase.*

Es de destacar que la profesora de francés se encontraba presente, siendo testigo de dicha agresión, permaneciendo impassible ante la misma según relatan todos los compañeros.

Que posteriormente y a la bajada del autobús, mi hijo fue nuevamente agredido por V. M. y por la hermana de éste, S. M., siendo considerada dicha agresión cometida dentro del centro, por cuanto los alumnos fueron sancionados con la medida de expulsión.

De todos estos hechos se siguió expediente sancionador (...).

Como consecuencia de las agresiones (...), mi hijo sufrió unas lesiones de considerable importancia consistentes en fractura de los huesos propios nasales lo que a su vez conllevó una deformidad en la zona nasal y posteriores problemas respiratorios y olfativos.

Aportamos informes médicos así como fotografías que demuestran la entidad de las lesiones.”

Finalmente, y con expreso sometimiento al baremo para la valoración de las lesiones padecidas en accidentes de tráfico, solicita una indemnización de 10.560,53 euros, correspondiente a las secuelas (*“alteración en la respiración nasal causada por deformidad ósea o cartilaginosa, 5 puntos”* e *“hiposmia o disminución de la capacidad olfativa, 5 puntos”*) y a los días de incapacidad del menor: 15 días improductivos y 45 no improductivos.

Aunque afirma que aporta informes y fotografías, lo cierto es que la reclamante no los acompaña a su escrito inicial.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, por resolución de 3 de mayo de 2006 de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura se designa instructora del procedimiento, que, como primera actuación, requiere a la interesada la subsanación del defecto de acreditación de la representación que dice ostentar, mediante la aportación de copia compulsada del libro de familia y que traiga al procedimiento los informes médicos y las fotos acreditativas de las lesiones del alumno, tal y como señalaba en su escrito inicial.

La documentación solicitada se recibe en la Consejería consultante el 1 de junio siguiente.

TERCERO.- Con fecha 29 de mayo de 2006 se solicita informe al Director del I.E.S. acerca de los hechos en que se basa la reclamación.

Este informe, de fecha 7 de junio de 2006, que responde a las preguntas formuladas por la instructora en su solicitud, manifiesta lo siguiente: *“(...) el primer roce se produce en clase de francés. Según testimonio de la profesora de francés, P. E., ella no observa nada ya que en ese momento está en su mesa, rodeada de alumnos atendiendo dudas. Cuando advierte el alboroto es cuando les solicita a todos que se sienten. No observa la agresión y nadie le informa, y por lo tanto, no ha lugar a la consideración o no de impasibilidad. Los incidentes más graves se producen cuando los alumnos bajan del autobús y están próximos a sus domicilios.*

Los testimonios recogidos durante la instrucción del expediente avalan lo indicado en la declaración del expediente del alumno V. M., que se adjunta.

Hasta el momento de los hechos no se tiene conocimiento alguno de riña o discusiones entre estos alumnos.

No se tiene constancia de que existiese provocación ni insultos. Tampoco se puede considerar a V. como una persona agresiva. Tampoco existen precedentes de ello.

(...) la hermana de V. sólo interviene con intención de evitar la pelea al bajar del autobús, que fue en una calle adyacente al domicilio de F. M. sobre las 14.35 horas, ya que la salida del centro se produce a las 14.15 horas.

Respecto a las sanciones, se abre expediente a V. M., S. M. y F. M.. No se encuentran, según el expediente llevado a cabo por el instructor motivos para proceder a la sanción de S. M., ya que según su versión y la de los alumnos entrevistados, su única intención era evitar la pelea, por lo que se propone la incoación del mismo (sic). A V. M. se le propone una expulsión del centro por espacio de 14 días por su participación directa en los hechos y a F. M. se le propone una expulsión de 7 días por su participación en la pelea al bajar del autobús, sanción que permanece sin cumplir por las alegaciones presentadas por la familia.

Respecto a la deformidad nasal y los problemas respiratorios, la única constancia que se tiene es la presentada en las alegaciones efectuadas por su familia.

Como consecuencia, de los daños de la agresión, F. perdió un día de clase.

No se tomó ninguna medida de apoyo al considerar que no se produce un retraso en los estudios”.

CUARTO.- Solicitado al Director del centro un informe complementario, éste indica que *“(...) la profesora no se encuentra ya destinada en este centro, (...) Por supuesto no ve puñetazo alguno ni escucha amenazas entre ellos. Los alumnos tampoco comunican nada a la profesora. Ella no notó ningún indicio a los que se hace referencia (alteraciones en el rostro, laceraciones, hematomas, ni por supuesto sangre). Los testimonios de los compañeros que dicen haber visto el roce, difieren según sean amigos de F. o V.. En ningún momento dicen que la profesora viese el puñetazo. Sí que cuando oye jaleo interviene mandando que se sienten todos”.*

En la solicitud de informe complementario, también se le pregunta al Director por qué se sancionó a los alumnos si la pelea se produjo fuera del centro y a la bajada del autobús;

la respuesta fue que *“cuando el incidente repercute o es como consecuencia del desarrollo de la convivencia en el centro, y además se produce en el trayecto del centro al domicilio en transporte escolar, es potestad del centro la intervención para aclarar y sancionar en su caso las actuaciones que contravengan el R. D. de Derechos y Deberes (se refiere al Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, vigente a la fecha de los hechos).*

Así mismo, continua el informe señalando que *“esta dirección mantiene lo expresado en el informe anterior y se reitera en el desconocimiento total de que existiesen riñas o discusiones entre ellos. No valoramos por tanto las manifestaciones de la madre de F. a este respecto. En ningún momento menciona la madre de F. situación alguna de riña, discusión o roce entre los alumnos en el centro”.*

QUINTO.- Tras requerir de forma reiterada e infructuosa a la interesada para que aporte informe médico de valoración de las secuelas, la instructora considera suficientemente instruido el procedimiento y procede a la apertura del trámite de audiencia.

La reclamante presenta un escrito afirmando que ha solicitado el informe médico y que lo aportará cuando esté realizado.

SEXTO.- Con fecha 1 de diciembre de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar relación de causalidad entre el servicio educativo prestado por el centro al que asiste el hijo de la reclamante y los daños por él padecidos.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La solicitud ha sido formulada por persona legitimada para ello, ya que, tal como resulta de la copia del Libro de Familia obrante al expediente, la reclamante es madre del alumno que sufrió el incidente escolar.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la actual Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al quedarle atribuido el servicio público regional de educación en el que se integra el IES de referencia.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido.

En la tramitación del expediente se han cumplido los trámites esenciales exigidos por la normativa reguladora de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, constando tanto el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable (en este supuesto, la Dirección del centro educativo), como el trámite de audiencia a la reclamante.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

1. Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstos no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular; en el supuesto que nos ocupa, todas las declaraciones vertidas por los alumnos implicados en el incidente, obrantes en el procedimiento disciplinario seguido por los mismos hechos, coinciden en señalar que el puñetazo que provocó los daños alegados en el rostro del hijo de la reclamante se produjo fuera del horario escolar y fuera del centro, cuando los menores habían abandonado ya el transporte escolar y se encontraban en la vía pública, lejos del centro educativo.

El acaecimiento de los hechos de los que derivan los daños que se quieren imputar al funcionamiento del servicio público educativo fuera del centro y del horario lectivo, im-

piden considerar que se produjeron dentro del contexto propio de la actividad educativa y estando los alumnos bajo la responsabilidad y vigilancia de los profesores o del personal encargado del transporte escolar.

En efecto, ha de recordarse que la diligencia exigida a los docentes, según jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras, en su sentencia de 26 de febrero de 1998, es la que debe observar un padre de familia, la cual no llega a evitar cualquier conducta de los alumnos, como la desplegada por los implicados, y menos aún cuando éstos ya han abandonado el transporte escolar. Adviértase que las declaraciones de los tres alumnos (los dos implicados en la pelea y la hermana del agresor) coinciden en señalar que durante el viaje en autobús no sucede nada, desencadenándose los hechos al bajar del vehículo y cuando ya están en la vía pública. Ninguna alegación de la reclamante aporta datos que permitan afirmar que la Administración debía prolongar o extender su deber de vigilancia más allá de la actividad de transporte, el cual, respecto de cada alumno, finaliza cuando abandona el vehículo. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 4 de abril de 2001, indica que *“los causantes del daño (los dos chicos) estaban fuera de todo control por parte de la administración educativa demandada y ello pues estaban tanto fuera del centro como fuera del horario escolar; por lo que la Administración carecía del más mínimo poder de control y vigilancia sobre ellos y, precisamente por ello, no se puede hacer responsable a dicha Administración del resultado dañoso finalmente producido (...) no había ningún motivo para que la Administración educativa prolongara su deber de vigilancia más allá de la conclusión del horario lectivo”*.

Del mismo modo, es doctrina del Consejo de Estado que no pueden ser imputados a la Administración todo tipo de perjuicios cuyo origen se encuentre en la conducta de los alumnos, sino que habrán de tenerse en cuenta factores como la edad de éstos, las circunstancias en las que el suceso se produjo o las posibilidades reales de controlar las conductas de los jóvenes por las autoridades docentes (Dictamen 809/1999). Por ello excluye cualquier relación causal entre el servicio público educativo y los incidentes o hechos dañosos producidos por alumnos fuera del horario escolar, pues no se comprende cómo los profesores, que ya no tienen a los alumnos bajo su guarda, pueden evitar los correspondientes daños (Dictamen 2425/2002).

Por otra parte, si bien el incidente tiene sus prolegómenos en el centro escolar, durante el transcurso de la clase de francés, sin que la profesora presencie los hechos que luego darán lugar a la riña entre los alumnos, nada se acredita, ni tan siquiera se alega, acerca de que una actuación distinta a la adoptada por la docente (poner orden en clase) hubiera podido evitar la posterior pelea y los daños de ella derivados. Es cierto que la profesora podría haber tomado medidas más expeditivas en orden a acabar con el belicoso comportamiento de los menores o, incluso, imponerles medidas correctivas, como la comparecencia inmediata de ambos ante el Jefe de Estudios, hoy prevista en el artículo 49.1, letra b, del Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos, y que también contempla el artículo 48, letra b), del Real Decreto 732/1995, que resultaba aplicable en el momento del incidente, pues su actitud previa a la pelea ya era constitutiva, por sí misma, de una conducta contraria a las normas de convivencia. Ahora bien, nada permite asegurar que con tales medidas se habría evitado la pelea, la cual constituye una infracción de las actuales normas de convivencia, de carácter grave, como la tipificada en el artículo 51 del Decreto 115/2005, letras c, *in fine* (*“...la falta de respeto a la integridad y dignidad personal”*) y g (*“las actuaciones perju-*

diciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa del centro, o la incitación a las mismas”), precepto deudor en su redacción del artículo 52, letras a) y g) del Real Decreto 732/1995, que lo inspiró.

El carácter antijurídico de tal conducta coloca a quien la desarrolla en posición de tener que soportar los daños derivados de ella, pues éstos no son sino consecuencia de sus propios actos (en este mismo sentido, véase la sentencia número 584/1999, de 16 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

En este sentido, si bien las declaraciones vertidas en el seno del procedimiento disciplinario y que obran en el expediente, tienen un claro sesgo dada la participación directa de los declarantes en los hechos objeto de consideración, lo cierto es que razonablemente permiten considerar que los dos alumnos se enzarzaron en una pelea, lo que llevó al centro escolar a imponer las medidas disciplinarias correspondientes.

2. Alega la reclamante que el hecho de la incoación del expediente disciplinario demuestra que la Administración considera la agresión producida dentro del centro educativo. Ya el informe de la dirección del IES rechaza esta interpretación, pues el ámbito del ejercicio de la potestad disciplinaria no coincide estrictamente con las instalaciones o recintos educativos, de forma que cuando el incidente repercute o es consecuencia de la convivencia en el centro, puede éste intervenir para investigar y sancionar, en su caso, las conductas contrarias a las normas de convivencia. Así lo dispone el artículo 46 RD 735/1992, en cuya virtud, *“podrán corregirse las actuaciones del alumno que, aunque realizadas fuera del recinto escolar, estén motivadas o directamente relacionadas con la vida escolar y afecten a sus compañeros o a otros miembros de la comunidad educativa”*.

Ahora bien, que la pelea entre los alumnos pueda dar lugar a una intervención disciplinaria, al considerar que está relacionada con la vida escolar y que puede afectar a sus compañeros, no conlleva que los daños derivados de ella se hayan producido a causa de la prestación del servicio público de educación.

En consecuencia, no cabe apreciar relación causal entre el servicio educativo y los daños padecidos por el hijo de la reclamante, lo que impide estimar su pretensión indemnizatoria.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 31/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a N. P. S., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/03/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23,

DICTAMEN 32/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. G. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad D. T. G., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/03/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 20.

DICTAMEN 33/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. C. C., en nombre y representación de su hija menor de edad M. R. C., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/03/07

Extracto de Doctrina

Sin perjuicio de que la fijación de la responsabilidad debe realizarse en atención de las específicas circunstancias del caso concreto, es posible afirmar, conforme a la doctrina de las citadas STS y del Consejo de Estado, que la eventual determinación de solidaridad interadministrativa aparecerá frecuentemente como solución justa en casos en que existan deficiencias de conservación y, a la vez, la Administración educativa no hubiera instado del Ayuntamiento su revisión o reparación o, incluso, habiéndolo hecho, pudiera imputársele una omisión de los deberes de prevención de los riesgos inheren-

tes al deficiente estado de dichas instalaciones o al estado de las obras de reparación, supuestos en que no se eliminaría el deber de la Administración regional en velar por la seguridad de los alumnos y la adecuada utilización (lo que comportará a veces la no utilización) de determinadas instalaciones.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente sometido a consulta ya fue objeto de consideración por este Consejo Jurídico en Dictamen 132/2006, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en evitación de innecesarias reiteraciones. Baste ahora recordar que el procedimiento se inicia por reclamación de responsabilidad patrimonial instada por D. A. C. C., madre de M. R. C., alumna del Colegio Comarcal “San Miguel” de Molina de Segura. Se basa la reclamación en la caída sufrida por la niña en la pista polideportiva del centro, a consecuencia de la cual se fracturó dos incisivos superiores, reclamando el importe de los gastos de odontólogo, que ascienden a 120 euros.

Iniciado el procedimiento, por la Administración regional se trasladó la reclamación al Ayuntamiento de Molina de Segura, con fundamento en la titularidad municipal de las funciones de conservación y mantenimiento de las instalaciones escolares. La Corporación Local, tras la correspondiente instrucción, acordó remitir de nuevo el expediente a la Comunidad Autónoma para su tramitación por ésta, lo que se llevó a efecto, culminando el procedimiento con una propuesta de resolución estimatoria de la reclamación.

Sometida dicha propuesta a este Órgano Consultivo, por Dictamen 132/2006, se informa desfavorablemente, por cuanto no se había dado audiencia a la Corporación Local acerca de un informe emitido por la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Consejería consultante, incorporado al expediente tras la devolución del mismo por el Ayuntamiento, y en el que se funda técnicamente la propuesta estimatoria de la reclamación. Del mismo modo, se indicaba que debía comunicarse a la Corporación Local la parte de responsabilidad que le correspondía.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de septiembre de 2006 se remite al Ayuntamiento de Molina de Segura un escrito del Secretario General de la Consejería consultante, en cuya virtud:

a) Se da traslado al Ayuntamiento del informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos, “*que pone de manifiesto el mal estado del pavimento de la pista deportiva en el momento del accidente, lo que supone un elemento generador de riesgo que constituye el título de imputación de responsabilidad de la Administración*”, y se le indica la posibilidad de tomar vista del expediente y presentar alegaciones.

b) Se le informa de la intención de la Administración regional de asumir el pago de la indemnización frente a la reclamante, si bien, su importe será íntegramente repercutido a la entidad local, pues ha quedado probado que el accidente se produjo como consecuencia del mal estado de las instalaciones, cuya conservación y mantenimiento correspondía íntegramente al Ayuntamiento.

No consta que el Ayuntamiento haya comparecido en el trámite de audiencia.

TERCERO.- El 29 de diciembre de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 9 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación, plazo y tramitación.

Procede dar por reproducidas las consideraciones que, sobre dichos extremos, fueron efectuadas en el Dictamen 132/2006.

En cuanto a la tramitación, una vez subsanada la omisión de la audiencia al Ayuntamiento, cabe hacer un pronunciamiento favorable, por cuanto se han cumplido todos los trámites esenciales que exige la normativa reguladora de este tipo de procedimientos.

SEGUNDA.- Sobre el fondo del asunto.

1) Puede afirmarse la conformidad de este Consejo con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas, que aprecia la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada, como consecuencia del accidente sufrido por el alumno.

En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial diseñado por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha sido calificado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como de carácter objetivo y directo, pudiendo acudir para la determinación de tales notas a numerosas sentencias del Tribunal Supremo y de diversos Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas. Según estas resoluciones judiciales las normas reguladoras de la figura de la responsabilidad patrimonial sólo imponen para configurarla que se acredite: a) la efectiva realidad de un daño; b) que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, e inmediata y de causa o efecto, sin intervención extraña que pueda influir alterando el nexa causal; c) que no se haya producido fuerza mayor, única hipótesis excepcionante de la responsabilidad de la Administración.

Respecto de este carácter objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial ya ha tenido ocasión este Consejo Jurídico de pronunciarse en supuestos similares al presente, poniendo de manifiesto la evolución que el sistema ha ido siguiendo de modo que, actualmente, se puede afirmar que más que ante una responsabilidad objetiva absoluta, estamos frente a una responsabilidad fuertemente objetivada, y así lo ha considerado nuestro Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que podemos señalar la de 28 de octubre de 1998, en las que ha mantenido la tesis de la “causalidad adecuada”, afirmando que: *“El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre si o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida de un cierto poder causal”*. El reconocimiento de esta “causa adecuada” obligará a determinar si la concurrencia

del daño era de esperar en la esfera normal de los acontecimientos, porque el resultado se corresponde con la acción que lo originó, si es adecuado a ésta, si se encuentra en relación causal con ella y, por último, si sirve como fundamento del deber de indemnizar.

En el supuesto que nos ocupa, el relato fáctico pone de manifiesto que los hechos lesivos se produjeron de forma fortuita, cuando la alumna accidentada se disponía a entrar en clase. Hasta aquí los hechos nos llevarían a dictaminar, como se ha hecho en otros supuestos similares, la ausencia de nexo causal entre la actividad realizada y el daño sufrido, pero el contenido del informe del Director del Centro introduce un elemento adicional cual es el mal estado de la pista polideportiva, que presenta diversos resaltos, lo que pudo propiciar, y así lo manifiesta el Director, la caída. La aparición de este hecho, confirmado por el informe de la Unidad Técnica de Centros Educativos, hace perceptible de modo suficientemente intenso el vínculo causal existente entre el servicio público educativo y los efectos lesivos derivados de su prestación.

A mayor abundamiento también cabe señalar que, con su proceder en este caso, el personal docente del Centro no observó la diligencia propia de los padres de familia, que les es exigible según afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 1998, ya que dicha diligencia hubiera exigido impedir que los niños utilizaran o transitaran por una superficie irregular susceptible de generar caídas de los menores, cuya atención y cuidado en situaciones como la que es objeto de consideración (instantes previos al ingreso en las aulas), se encuentran normalmente disminuidos por la excitación y el juego.

Cabe pues concluir, con la propuesta de resolución, que el daño sufrido por la menor como consecuencia del funcionamiento del servicio público es, en este caso, antijurídico ya que, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de octubre de 1998 y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 21 de enero de 2000, el riesgo inherente a su utilización ha rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

Asimismo, la imputabilidad a la Administración educativa en supuestos de accidentes escolares acaecidos como consecuencia de mal estado de las instalaciones escolares, ha sido mantenida por el Consejo de Estado (entre otros muchos, Dictámenes números 3863/2000 y 2436/2001); por este Consejo Jurídico (por todos los Dictámenes, el número 21/2002) y por órganos consultivos de otras Comunidades Autónomas (así, Dictamen número 385/2001, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Como consecuencia de lo dicho, al entender que sí existe nexo de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, entiende el Consejo Jurídico que procede estimar la reclamación de responsabilidad, abonando a la interesada el importe de los gastos que tiene acreditados por importe de 120 euros.

Ahora bien, en ese caso, como la resolución implicará la generación de un gasto para la Administración, con carácter previo deberán cumplimentarse las actuaciones que la normativa vigente exige en tales supuestos.

2) La anterior consideración lleva a este Órgano Consultivo a reiterar nuevamente a la Administración educativa la necesidad de adoptar medidas que preserven a los alumnos de los daños que, como en el caso presente, no gozan de la cobertura adecuada por el vigente sistema de protección social, extendiendo a estas enseñanzas la cobertura de un seguro escolar en la forma que se estime pertinente.

TERCERA.- Sobre la repetición al Ayuntamiento del total de la indemnización a abonar.

Según consta en la fundamentación jurídica de la propuesta de resolución, es intención de la Consejería consultante proceder a la repercusión sobre el Ayuntamiento del importe íntegro de la indemnización. Si bien dicha cuestión es ajena a aquellas respecto de las que obligatoriamente ha de pronunciarse este Dictamen (artículo 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), parece conveniente recordar cuál es la doctrina que este Órgano Consultivo ha venido estableciendo en anteriores pronunciamientos, en la medida en que de la misma puedan extraerse criterios aplicables al supuesto objeto de consulta.

Como ya se indicaba en el Dictamen 132/2006, no cabe duda que, con independencia de quien sea el titular de la función de conservación, correspondía a la institución educativa promover la reparación del pavimento de la pista, evitando así el mantenimiento de unas condiciones de riesgo que se han desvelado especialmente peligrosas para la integridad física de los menores. De ello resulta que, aunque no pueda hablarse de una gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación en los términos del artículo 140.1 LPAC, de los hechos se deduce una evidente concurrencia de conductas paralelas y omisivas, no siendo posible determinar el grado de intensidad imputable a cada Administración, lo que fundamentaría un supuesto de responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 140.2 “*in fine*”, por lo que cada Administración, municipal y autonómica, soportaría la parte de responsabilidad que le incumbiera, pero de modo indistinto cualquiera de ellas responderá del todo frente al perjudicado, quien no debe en ningún caso soportar la incertidumbre respecto de la Administración que finalmente resulte responsable.

En el Dictamen 72/2004, el Consejo Jurídico recoge la doctrina jurisprudencial que inspira la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 23 de noviembre de 1999, según la cual:

“El principio de solidaridad entre las Administraciones públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993, de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas “colegiadas” de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas (v. gr., sentencia de 13 de febrero de 1997, recurso número 14259/1991).

Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto

de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño (v. gr., sentencia de 15 de noviembre de 1993).

Esta es la doctrina que viene hoy a consagrar la Ley 4/1999, mediante la modificación operada en el artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico citado, pues aplica el criterio de solidaridad cuando exista gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas (sin perjuicio de que el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta pueda determinar la distribución de la responsabilidad), pero añade que en los demás casos de concurrencia la responsabilidad solidaria sólo jugará cuando no sea posible la determinación de la responsabilidad de cada Administración “atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención”.

Por lo que se refiere a supuestos como el que nos ocupa, en que entran en juego competencias concurrentes de la Administración estatal o autonómica y la municipal en materia de enseñanza (las primeras, como titulares de la competencia de prestación de la docencia, en sus diversos niveles, y la segunda como entidad pública competente en materia de conservación de las instalaciones en las que se imparte el servicio público educativo), el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones tras la entrada en vigor de la citada LPAC.

Así, en su Dictamen de 2 de octubre de 1997, y en un supuesto análogo al que nos ocupa, tras reconocer expresamente la referida competencia municipal, afirmó lo siguiente:

“Pero la circunstancia de que la conservación (en sentido amplio) le correspondiera al Ayuntamiento de Navalperal de Pinares, por aplicación directa de las normas citadas o por la existencia de un concierto específico suscrito al efecto, no puede traducirse en una exención “in genere” de cualquier responsabilidad de la Administración encargada de la prestación del servicio educativo (en este caso, de la Administración del Estado) incluso por accidentes que puedan producirse en relación con las propias instalaciones. Así acaecerá, por ejemplo, cuando se haga un inadecuado uso de dichas instalaciones, supuesto en el que, al menos en principio, las consecuencias del accidente -si concurrieran los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración- serían imputables a la Administración educativa, pues la utilización de dichas instalaciones entra dentro del ámbito de su responsabilidad.

En definitiva, en este tipo de supuestos es posible que las consecuencias derivadas del suceso sean enteramente imputables al Ayuntamiento encargado de la conservación del recinto escolar, exclusivamente a la Administración educativa o bien a ambas, pues nada impide que se produzca una concurrencia de causas que permitan llegar a reconocer una responsabilidad solidaria de ambas Administraciones frente al perjudicado, y sin perjuicio del reparto interno que deba asumir cada una de dichas Administraciones por la indemnización que cualquiera de ellas haya tenido que abonar, solución esta última (responsabilidad solidaria) congruente con lo previsto en el vigente artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Sin perjuicio de que la fijación de la responsabilidad debe realizarse en atención de las específicas circunstancias del caso concreto, es posible afirmar, conforme a la doctrina de las citadas STS y del Consejo de Estado, que la eventual determinación de solidaridad interadministrativa aparecerá frecuentemente como solución justa en casos

en que existan deficiencias de conservación y, a la vez, la Administración educativa no hubiera instado del Ayuntamiento su revisión o reparación o, incluso, habiéndolo hecho, pudiera imputársele una omisión de los deberes de prevención de los riesgos inherentes al deficiente estado de dichas instalaciones o al estado de las obras de reparación, supuestos en que no se eliminaría el deber de la Administración regional en velar por la seguridad de los alumnos y la adecuada utilización (lo que comportará a veces la no utilización) de determinadas instalaciones.

A partir de tales consideraciones, se explica que en los Dictámenes 52/2003 y 32/2004 de este Consejo Jurídico sostuviéramos la exclusión de la imputada responsabilidad de la Administración educativa regional, por no concurrir en la conducta de ésta ninguna de las circunstancias expuestas, pues se trataba de daños presuntamente producidos a terceros ajenos a dicho servicio educativo (daños a vecinos por posibles filtraciones del sistema de saneamiento del Colegio, en el primer caso, y daños producidos en instalaciones en las que no se prestaba ya servicio educativo y su uso se había cedido al Ayuntamiento, en el segundo). Sin embargo, en el Dictamen 128/2003 se estimó la existencia de responsabilidad de la Administración regional en cuanto el daño era imputable al deficiente estado de una instalación del Centro utilizada por los alumnos –rampa que daba acceso al edificio principal del Colegio– y no concurrían otras circunstancias que pudieran exonerar a la Administración educativa.

Del mismo modo, en el Dictamen 157/2004 se dice que parece difícil una imputación de responsabilidad municipal en vía de regreso, si la Administración docente no comunicó previamente al Ayuntamiento la necesidad de realizar las obras pertinentes.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, en la medida en que se advierte la concurrencia de los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 34/07.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Presidencia

Fecha: 21/03/07

Extracto de Doctrina

1. Es constante la advertencia que efectúa el Consejo Jurídico acerca de los riesgos de la técnica denominada “lex repetita”, consistente, en este caso, en reproducir en un texto reglamentario preceptos de las leyes regionales que se desarrollan. La necesidad, a veces, de dotar de plenitud a las regulaciones reglamentarias a la hora de desarrollar textos legales, propiciando que los reglamentos ofrezcan una regulación completa de la materia en cuestión, puede ser un objetivo deseable, pero no debe tal técnica de articulación, sin embargo, oscurecer el origen de los contenidos normativos confundiendo los de menor rango con los de superior, llevando, sin sentirlo, al riesgo de que posteriores reglamentos se entiendan legitimados para modificar preceptos que, en realidad, están amparados por el principio de congelación legal del rango (Dictamen 23/1998).

2. Debe preverse la competencia de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del Consejo Jurídico para la elaboración y propuesta del programa y de la convocatoria, y también en la formación del tribunal y en la celebración de las pruebas selectivas (Cuerpo de Letrados), por ser tales órganos los que pueden cumplir el mandato del artículo 27.2 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública, de asegurar la adecuación entre las pruebas selectivas y los requisitos de los puestos de trabajo a desempeñar, así como la objetividad, racionalidad y funcionalidad del proceso de selección.

ANTECEDENTES

En el Dictamen 93/2006 constan los antecedentes de la presente consulta, a los que hay que añadir los actos de instrucción practicados con posterioridad, que son:

1) El 15 de junio de 2006 el Director de los Servicios Jurídicos solicitó a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia que continuara el procedimiento de elaboración del Proyecto, remitiéndose por ésta a la Consejería de Economía y Hacienda, que devolvió las actuaciones el 19 de septiembre de 2006 adjuntando los certificados de negociación del Proyecto en la mesa sectorial de administración y servicios (26 de julio de 2006) y de su sometimiento al Consejo de la Función Pública, con informe favorable del mismo (1 de agosto de 2006). También unió un informe de la Dirección General de la Función Pública (1 de agosto de 2006).

2) Se formuló la Memoria económica de la Consejería de Presidencia, que fija en 114.995,79 euros el coste del Proyecto en gastos de personal, emitiendo la Dirección General de Presupuestos y Finanzas el informe a que se refiere el artículo 14.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

3) Constan los informes del Servicio Jurídico y de la Vicesecretaría de las Consejerías de Presidencia y de Economía y Hacienda.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

1) De acuerdo con lo que dispone el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo. En efecto, tal como plantea el Proyecto y se indica en diversos informes del expediente, la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su Disposición Final primera estableció que “*el Consejo de Gobierno aprobará, en el plazo de un año, las normas reglamentarias de ejecución y desarrollo de esta Ley*”, propósito que pretende cumplir el Proyecto consultado, según expresa explícitamente en su Exposición de Motivos.

2) La Disposición Adicional se refiere al acceso al Cuerpo de Letrados, los cuales forman parte de la organización del Consejo Jurídico (Título II, Capítulo II, del Reglamento de Organización y Funcionamiento), quedando éste habilitado y obligado a emitir Dictamen preceptivo por así exigirlo también el artículo 12 de la referida Ley 2/1997, en su apartado 4.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento y la técnica normativa.

1) El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general es el recogido en el artículo 53 de la Ley 6/2004 de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, cuyos principales trámites se han seguido por el Proyecto una vez que el expediente se ha completado después del Dictamen 93/2006, ya repetido.

2) Es constante la advertencia que efectúa el Consejo Jurídico acerca de los riesgos de la técnica denominada “*lex repetita*”, consistente, en este caso, en reproducir en un texto reglamentario preceptos de las leyes regionales que se desarrollan. La necesidad, a veces, de dotar de plenitud a las regulaciones reglamentarias a la hora de desarrollar textos legales, propiciando que los reglamentos ofrezcan una regulación completa de la materia en cuestión, puede ser un objetivo deseable, pero no debe tal técnica de articulación, sin embargo, oscurecer el origen de los contenidos normativos confundiendo los de menor rango con los de superior, llevando, sin sentirlo, al riesgo de que posteriores reglamentos se entiendan legitimados para modificar preceptos que, en realidad, están amparados por el principio de congelación legal del rango (Dictamen 23/1998). Ante tal encrucijada, la doctrina legal del Consejo de Estado aconseja que, mediante llamadas concretas, se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par de que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia, advertencia que se realiza respecto de los artículos 5 y 17, y de la Disposición Adicional del Reglamento, apartado 1.

TERCERA.- Sobre la habilitación formal, temporal y material del Proyecto.

La Disposición Final primera de la Ley 4/2004 faculta al Consejo de Gobierno para dictar, en el plazo de un año, las disposiciones que sean necesarias para su ejecución y desarrollo. Si desde un punto de vista formal no cabe dudar de la habilitación al Consejo de Gobierno, desde un punto de vista temporal se debe examinar si el incumplimiento de tal plazo produce como efecto impedir el desarrollo reglamentario al que la Ley remite,

privando al Consejo de Gobierno de la facultad expresamente conferida, por haber caducado la habilitación.

No obstante, de los términos en que está redactada la Disposición Final Primera en cuestión, no parece que deba entenderse que el plazo sea de caducidad, sino un deseo del legislador, específico y concreto, que pretende orientar el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero no limitarla. En consecuencia, no deduciéndose otra cosa de la naturaleza del plazo y teniendo en cuenta la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno (art. 32.1 EA) no se entiende cancelada dicha potestad, a pesar de no haberse respetado el plazo establecido (Dictamen del Consejo de Estado nº 49.214, de 8 de mayo de 1996, entre otros; SSTs, Sala 3ª, de 12 de enero de 1990 y 18 de julio de 1991; y Dictamen de este Consejo nº 64/2002).

A la vista de su contenido, puede afirmarse que el Proyecto sometido a Dictamen cumple con los límites que acompañan a la potestad reglamentaria, apreciándose en su conjunto un desarrollo normativo respetuoso con la Ley 4/2004 y merecedor de un juicio favorable de conjunto, no obstante lo cual merecen observación particular ciertos preceptos, que son objeto de la siguiente consideración.

CUARTA.- Observaciones particulares.

- Artículo 1. El contenido parcialmente coincidente de los párrafos primero y segundo resta claridad a la redacción, que podría ser simplificada.
- Artículos 17, 18, 19, 20, 23 y 24. Denominan “informes” a lo que la Ley 4/2004, artículo 8, denomina “Dictámenes”.
- Artículo 28. A la vista de la organización establecida en el artículo 3 del Proyecto de Reglamento, la rendición de cuentas de los Letrados prevista en los apartados a) y b) debe ser respecto a los superiores jerárquicos.
- Disposición Adicional. En la Consideración anterior se advirtió sobre el carácter repetitivo del párrafo primero; el párrafo segundo, por su parte, establece que “La Dirección de los Servicios Jurídicos informará el contenido del programa y la convocatoria de las pruebas selectivas”, regulación que parece insuficiente a los efectos de garantizar una correcta adecuación entre el contenido de las pruebas y las funciones atribuidas a los Letrados, fin que persigue legítimamente la norma. Es insuficiente porque parece negar a la Dirección de los Servicios Jurídicos la competencia para la elaboración del programa y la convocatoria, y proponerlos al titular de la Consejería que ostente la competencia sobre función pública; y también es insuficiente porque ignora al Consejo Jurídico como institución directamente concernida por el proceso selectivo, ya que quienes superen las pruebas se considerarán aptos para ser adscritos a las plazas de Letrados previstas en el artículo 17.3 de la Ley 2/1997, y en la sección primera del segundo capítulo del Título II del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico (Decreto 15/2004, de 2 de abril). Ante tal circunstancia resulta evidente que, respetando la competencia de la Consejera de Economía y Hacienda para convocar las pruebas (art. 12 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública), debe preverse la competencia de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del Consejo Jurídico para la elaboración y propuesta del programa y de la convocatoria, y también en la formación del tribunal y en la celebración de las pruebas selectivas, por ser tales órganos los que pueden

cumplir el mandato del artículo 27.2 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública, de asegurar la adecuación entre las pruebas selectivas y los requisitos de los puestos de trabajo a desempeñar, así como la objetividad, racionalidad y funcionalidad del proceso de selección.

Es esencial insistir en que la especialidad del Cuerpo de Letrados requiere garantizar normativamente la estructura del programa de materias y de ejercicios en que consista la oposición o el concurso-oposición, así como la composición de los tribunales, cuestiones que debería abordar el Proyecto o, en otro caso, ser objeto de una regulación propia.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Puede elevarse al Consejo de Gobierno el Proyecto sometido a Dictamen, siendo conveniente tener en cuenta las observaciones anteriores.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 35/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. L. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/03/07

Extracto de Doctrina

La obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la “lex artis” es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la “lex artis” venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 2005, D. J. L. N. y sus siete hijos presentan, por medio de Abogado de la Asociación de Defensa del Paciente, reclamación de responsabilidad patrimonial por la defectuosa asistencia sanitaria recibida por D. J. A. R., marido

y padre de los reclamantes, fallecido el 25 de junio de 2004, al suicidarse tras conocer que padecía un cáncer terminal sin tratamiento posible.

Según los reclamantes, el Sr. A. fue asistido en numerosas ocasiones en distintos Hospitales del Servicio Murciano de Salud (Hospital General, Hospital Morales Meseguer y Hospital Virgen de la Arrixaca) desde 1997, siendo operado de RTU (resección transuretral de vejiga) de tumoración vesical en abril de 1997, de RTU de próstata en julio de 1999, RTU de tumor vesical en junio de 2003, etc.

En marzo de 2004 ingresa por un cuadro de ictericia obstructiva, mostrando en TAC lesiones hepáticas sugestivas de metástasis.

A partir de ahí su salud empeora con rapidez. El último ingreso hospitalario es el 19 de mayo de 2004 por deterioro general paulatino, recibiendo el alta el 27 de mayo ya desahuciado, sin opciones de cura, con metástasis hepática y ósea.

Ante lo penoso de su situación el Sr. A. se quitó la vida un mes más tarde.

Los reclamantes consideran inaceptable el hecho de que al paciente se le diagnosticase el cáncer ya en su fase terminal, teniendo en cuenta que, por sus anteriores enfermedades, se trataba de un paciente de riesgo al que se le debían haber realizado las pruebas oportunas para haber detectado el mal a tiempo de someterse a las distintas alternativas terapéuticas. Consideran por tanto que existe un diagnóstico tardío

Consideran que la antijuricidad del acto médico resulta de no haberse adaptado a los protocolos médicos.

Por todo lo cual solicitan 100.000 euros de indemnización para la viuda y 20.000 euros para cada hijo, arrojando un total de 240.000 euros.

Se propone como prueba, además de la documental aportada junto a la reclamación y la historia clínica, que se traigan al procedimiento los protocolos aplicables para la prevención, diagnosis y tratamiento del cáncer que padecía el finado, teniendo en cuenta sus antecedentes personales.

Se adjunta a la reclamación fotocopias de los documentos de identidad de todos los reclamantes, del Libro de Familia y del informe de autopsia; de él destacan los siguientes extremos:

- El paciente sufría un cáncer vesical metastático terminal.
- El hígado presenta múltiples metástasis tumorales.
- *“El estudio necrópsico y los antecedentes patológicos y circunstanciales del fallecido son compatibles con una etiología médico-legal del fallecimiento de tipo suicida. La causa de la misma ha sido el Shock secundario a politraumatismo causado por herida por arma de fuego”.*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encomienda la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial al Servicio Jurídico del Ente, que notifica la interposición de la reclamación a la Compañía Aseguradora y requiere la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le atendieron, a los Hospitales Morales Meseguer, Virgen de la Arrixaca y Reina Sofía.

TERCERO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remitió copia de la historia clínica e informe del Servicio de Cirugía General, según el cual:

“Paciente con antecedentes de intervención de Dupuytren en mano dcha. Antecedentes de cuadros de hematuria repetidos. Cólicos nefríticos expulsivos. RTU de tumoración vesical en Abril de 1997 (GUIA). RTU de próstata en Julio de 1999 (prostatitis crónica con metaplasia escamosa). Displasia moderada en cúpula vesical (Julio-99). RTU de tumor vesical en junio de 2003 con displasia urotelial (según informes del HMM). En Enero-2004 nueva biopsia con carcinoma in situ más displasia urotelial en HMM.

El 13-3-04, estando pendiente de cistectomía radical en el Hospital Morales Meseguer, presenta un cuadro de ictericia con coluria y acolia por lo que ingresa en ese Hospital. Según informe adjunto presentaba una FA de 588 y GGT de 659. Se le realizó ecografía que diagnosticó la presencia de imágenes sugestivas de metástasis hepáticas, la mayor de 7 x7 cm. en continuidad con la vesícula, apreciándose también dilatación de la vía biliar intrahepática. Allí mismo le realizaron TAC apreciando lesiones sólidas en lóbulo izquierdo de 8 x 7 cm, sugestivas de metástasis y tumoración en el ligamento hepatoduodenal. Le realizaron PAB de la lesión hepática siendo alta hospitalaria el día 18-3-04.

Ingresó de nuevo el 22-3-04 en el Hospital Morales Meseguer por ictericia obstructiva, siendo visto por el Servicio de Oncología de dicho Hospital, que según ellos no es subsidiario de tratamiento con Quimioterapia. Al parecer al paciente se le envía a la Unidad de Radiología del Hospital Virgen Arrixaca para colocación de un drenaje radiológico con la intención de resolver el cuadro de ictericia obstructiva extrahepática.

El paciente, consulta el 15-4-4 en Hospital S. J. (T.) para la realización de PET que confirma la captación de focos hipermetabólicos en hígado relacionados con metástasis hepáticas conocidas. Dos focos hipermetabólicos de 1 cm. en tercio femoral proximal izdo. y foco en columna vertebral dorsolumbar compatibles con metástasis óseas. También en pelvis otros focos de captación paravesical dcho., en posible relación con invasión ganglionar tumoral.

El 16-4-04 ingresa en Oncología de HUVA por fiebre y dolor en H.D., relacionado posiblemente con complicación de su drenaje radiológico (ver informe 22-4-04). Así mismo, según Anexo 1 adjunto en su historial, con cita el 12-5-04 para la consulta externa de Cirugía General (Dr. R.) para valoración quirúrgica. Aprovechando este ingreso en el Servicio de Oncología, fue evaluado por Cirugía desestimándose posibilidades de tratamiento quirúrgico. Por tanto quedó a cargo del Servicio de Oncología para posible tratamiento QMT.

En Mayo-04 presenta un cuadro de hemorragia digestiva alta evidenciándose una deformación duodenal sugestiva de invasión tumoral, precisando tratamiento en la planta de Cirugía, y pasando después de nuevo a cargo de Oncología. También se revisó en la consulta de Cirugía General (Dr. R.) por ser portador de un drenaje radiológico y por si existiese respuesta positiva a los tratamientos oncológicos recibidos y se pudiese realizar cirugía de rescate de las metástasis. El 12-5-04, acudió a consulta de Cirugía General y según la familia recibía tratamiento en un Hospital de Marbella (9 sesiones de tratamiento y recibiría 20 sesiones, una cada 15 días), siendo citado para el día 23-6-04 con TAC previo realizado en Hospital Morales Meseguer por el Servicio de Oncología.”

CUARTO. Tras reiteradas peticiones, desde el Hospital Morales Meseguer se remite copia de la historia clínica e informe del Servicio de Urología del Hospital Reina Sofía, ubicado en el primero de los centros, según el cual:

“El paciente J. A. R. fue atendido por primera vez en este centro en el año 1994 (HGU) por cuadro compatible con cólico nefrítico izquierdo (julio/1994). Se solicitó entonces para

su estudio, analítica de sangre/orina y urografía intravenosa, que el paciente no se realizó al producirse la expulsión espontánea del cálculo.

La segunda visita la realiza dos años y medio después (enero/97) por haber presentado hematuria macroscópica monosintomática de un mes de evolución. Se le realizó entonces analítica de sangre, ecografía renal y vésico-prostática y urografía intravenosa, que evidenció la presencia de neoformación vesical, siendo intervenido el 17/03/97 mediante Resección Transuretral de vejiga (RTU) (A. P.: tumor papilar urotelial grado III-A).

Dado que se trataba de un tumor vesical superficial, y de acuerdo con nuestros protocolos de actuación en estos casos, fue sometido a tratamiento quimioterápico endovesical con Mitomicina, realizando instilaciones periódicas durante un año.

Durante este periodo el paciente fue revisado en consultas externas cada 3-4 meses, con exploraciones complementarias que incluían: cistoscopia, citología de orina, ecografía renal y vesical, analítica de sangre y urografía intravenosa, según protocolo adoptado en nuestro Servicio de Urología para el seguimiento de los tumores vesicales superficiales.

En enero/99 el paciente permanece libre de su enfermedad tumoral, siendo diagnosticado de obstrucción del tramo urinario inferior por hipertrofia prostática (HBP). En julio del mismo año es intervenido de su HBP, realizando RTU de próstata (A.P.: prostatitis crónica inespecífica con metaplasia escamosa asociado a hiperplasia fibroadenomatosa. Ausencia de neoplasia), realizando a su vez, dados los antecedentes tumorales de vejiga, una BMN (biopsia múltiple) vesical (A.P.: ausencia tumoral).

Los controles posteriores, durante el período comprendido entre julio/99 y mayo/02, el paciente es revisado sistemáticamente. En uno de estos controles se objetivan, mediante cistoscopia, áreas hiperémicas vesicales, por lo que, a pesar de que las citologías previas de orina eran negativas para tumor urotelial, es de nuevo intervenido en julio/02 realizando Biopsia mediante RTU de dichas áreas, no objetivando tumoración vesical (A. P.: mucosa con displasia urotelial). Se decide seguimiento con citologías seriadas. En marzo/03 y ante el resultado de citología de orina sospechosa de tumor vesical, se realiza exploración vesical endoscópica bajo anestesia y toma de biopsias vesicales seriadas (mapeo biópsico) (A.P.: carcinoma urotelial vesical superficial).

Ante el diagnóstico de tumor vesical superficial recidivado se decide tratamiento con inmunoterapia intravesical con BCG (Bacilo Calmette Guerin Atenuado) según pauta 6+3.

Tras el tratamiento inmunoterápico se realiza reevaluación endoscópica vesical y nuevo mapeo biópsico vesical (BMN), (A. P.: lesiones celulares de carcinoma, in situ).

Debido a que, a pesar de los tratamientos inmunoterápicos realizados, el paciente vuelve a tener en su biopsia un nuevo carcinoma superficial difuso de vejiga, es presentado en sesión clínica del Servicio, y de acuerdo con los protocolos vigentes y ante la recidiva post-BCG, se indica tratamiento quirúrgico radical (Cistoprostatectomía total + Linfadenectomía + Derivación urinaria).

En espera de ingreso prioritario para cirugía radical de vejiga, el paciente acude al Servicio de Urgencias presentando cuadro compatible con ictericia obstructiva. Ante esta nueva situación se le solicita por el Servicio de Urgencias una ecografía abdominal que evidencia litiasis vesicular enclavada, lesión focal en segmento 4 b hepático de 7x7x4'5. El informe sugiere neoplasia de probable origen vesicular como primera posibilidad. El

16/03/04 se le realiza una PAAF que no es concluyente con el origen de dicha tumoración debido a la escasa diferenciación del tumor.

El paciente es enviado al Servicio de Oncohematología, para un tratamiento apropiado a la nueva situación.”

QUINTO.- Desde el Hospital Reina Sofía se remite copia de la historia clínica.

SEXTO.- Solicitado informe a Inspección Médica, junto con la aclaración de si existen o no protocolos aplicables en los hospitales del Servicio Murciano de Salud para la prevención, diagnóstico y tratamiento del cáncer que padecía el finado, tal como proponía el reclamante, la Inspección indica que:

“Los protocolos de seguimiento de cáncer vesical, entre otras consideraciones, pretenden la conservación del órgano mientras, haya respuesta al tratamiento, máxime cuando esta amputación es una cirugía de alto riesgo.

Una vejiga se considera irrecuperable y por tanto es candidato a cirugía radical cuando el músculo vesical está invadido.

Nos informa el Dr. F. que hay un protocolo de conservación vesical disponible en algunas unidades, no generalizado ni consensado, para personas jóvenes que quieren conservar funcionalidad, previo informe exhaustivo de los riesgos que conlleva no actuar de forma agresiva cuando el estudio del tumor muestra invasión; no es este el caso.

En la revisión de la historia clínica se pone de manifiesto que en ningún momento los informes de grado son superiores a A (tumor no infiltrante, no hay que quitar la vejiga y se trata con quimioterapia intravesical. Si se informase B, indicaría infiltración muscular. C señala traspaso de pared. D, metástasis).”

Así mismo considera que:

“En definitiva, consideramos que el diagnóstico de carcinoma vesical se realizó muchos años antes del diagnóstico de metástasis, que fue seguido estrechamente, respondiendo a los tratamientos, que en ningún momento los informes de anatomía patológica, dicen que hay invasión muscular que podría justificar la cirugía radical más precozmente, influyendo también la circunstancia de la edad del paciente y lo agresivo de la cirugía.

Concluye el informe que “no se aprecia mala asistencia sanitaria”.

SÉPTIMO. Otorgado trámite de audiencia, solo la compañía aseguradora aporta dictamen médico, según el cual:

“1. El paciente en 1997 fue diagnosticado de un tumor vesical “superficial” (no afectación del músculo vesical) y fue tratado mediante resección del mismo y profilaxis de las recidivas con quimioterapia intravesical (mitomicina C) de forma correcta.

2. Se realizó un seguimiento en consulta externa de forma correcta mediante citologías de orina, cistoscopia y pruebas de imagen.

3. En 1999 debido a síntomas prostáticos se le realizó resección prostática, tomándose biopsias múltiples de la vejiga que correspondieron a displasia urotelial moderada.

4. La displasia urotelial es una lesión benigna con características intermedias entre el urotelio normal y el carcinoma “in situ”.

5. Se le siguieron realizando revisiones en la consulta externa de forma correcta hasta que en Mayo del 2002 se detectó sospecha de recidiva vesical. En la resección (RTU) realizada no se observó tumor y sí displasia urotelial severa y metaplasia escamosa.

6. La metaplasia escamosa en ausencia de atipia celular es una lesión benigna.

7. Se le siguieron realizando revisiones en la consulta externa de forma correcta hasta que en Marzo del 2003 se detectó una citología compatible con carcinoma "in situ", por lo que se le realizó nueva resección (RTU) con el diagnóstico de carcinoma "superficial" (no afectación del músculo vesical). Pautándose de forma correcta profilaxis de las recidivas con BCG intravesical y posterior re-evaluación con biopsias múltiples.

8. En la re-evaluación quirúrgica realizada en Enero del 2004 se detectó carcinoma "in situ". Ante la persistencia tumoral después de BCG (riesgo elevado de evolucionar a carcinoma "infiltrante") se indicó de forma correcta la cistectomía radical, incluyéndose en la lista de espera quirúrgica.

9. El carcinoma "in situ" vesical es un tumor plano de alto grado y elevada tendencia a la progresión y la infiltración de la pared muscular.

10. En Marzo del 2004 ingresó por un cuadro de ictericia obstructiva siendo diagnóstico de adenocarcinoma de probable origen biliar con metástasis hepáticas.

11. No existe relación entre el carcinoma urotelial "superficial" que el paciente presentaba en la vejiga y el adenocarcinoma que originó las metástasis hepáticas, ya que son dos tumores con origen y estirpes histológicas completamente distintas. El carcinoma urotelial se origina en el epitelio de transición que reviste el aparato urinario y el adenocarcinoma en la mucosa secretora que recubre el aparato digestivo.

12. El 25-6-04 falleció por disparo de arma de fuego en un intento de autolisis.

13. La actuación de todos los profesionales implicados en este caso fue totalmente correcta, ajustándose al "estado del arte de la medicina y cumpliendo en todo momento con la "lex artis ad hoc".

Este dictamen fue comunicado a los reclamantes, sin que los mismos formularan alegaciones.

OCTAVO.- Con fecha 17 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que no concurren en el supuesto planteado los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Admi-

nistración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, y por la esposa e hijos del fallecido, quienes se consideran perjudicados por la pérdida afectiva de un familiar tan cercano, lo que les otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular de los centros sanitarios (Hospitales Virgen de la Arrixaca, Morales Meseguer y Reina Sofía) donde se atendió al paciente.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 CE: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994):

1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle.

2) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículos 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y, desde el 16 de mayo de 2003, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

3) Continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Para los reclamantes la causa de la muerte del paciente se encuentra en el tardío diagnóstico del cáncer, que sólo fue descubierto cuando ya cualquier tratamiento resultaba ineficaz, de forma que el proceso hacia un desenlace fatal era ya irreversible. Estiman que, conociendo los facultativos el historial clínico del paciente, debían haberlo considerado como paciente de riesgo, al efecto de extremar la realización de pruebas que hubieran permitido anticipar la detección de su enfermedad, haciendo viables diversas opciones terapéuticas. Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como omisión de medios, escatimando la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad. La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido derivarían de la no aplicación de todos

los medios diagnósticos adecuados, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la “lex artis” es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la “lex artis” venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la “lex artis”, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La historia clínica del paciente desvela numerosas demandas de asistencia sanitaria desde finales del año 1996 en el que se le diagnostica un pólipo de 2,5 cm. en la pared vesical derecha; posteriormente se descubre tumor papilar de bajo grado que es intervenido mediante RTU de vejiga, siendo sometido a tratamiento quimioterápico durante un año, con posteriores revisiones cada tres o cuatro meses. Son estas revisiones las que permiten que, en noviembre de 1998, se diagnostique de nuevo un tumor papilar de bajo grado. En ningún momento los informes de grado son superiores a A, es decir, se trata de un tumor no infiltrante, por lo que no es preciso quitar la vejiga, siendo el tratamiento indicado la quimioterapia intravesical. Distinto habría sido de informarse un grado B (infiltración muscular) o superior.

En 1999 se le efectúa RTU de próstata. En julio de 2002 se advierte displasia urotelial, instaurándose seguimiento con citologías seriadas. Ese mismo mes, con diagnóstico de recidiva de TM vesical es intervenido, desvelando el informe de anatomía patológica la existencia de displasia severa urotelial y metaplasia escamosa. Tras la revisión efectuada en septiembre de 2002, se cita a nueva revisión en seis meses, que tiene lugar en marzo de 2003, donde aparece una citología sospechosa de carcinoma “*in situ*”. Realizadas diversas pruebas se alcanza el diagnóstico de carcinoma urotelial vesical superficial, que se trata con inmunoterapia intravesical. En junio de 2003 se informa de carcinoma urotelial IV-A; en julio se informa carcinoma urotelial T1GIII, continuando la inmunoterapia. En agosto de 2003 pasa por consulta y refiere buena tolerancia al tratamiento. En octubre de 2003 se somete a cirugía de Dupuytren; en enero de 2004 ingresa para EBA+ BMN vesical: carcinoma *in situ* + displasia urotelial.

El 12 de marzo de 2004 es atendido en Urgencias del Hospital Morales Meseguer, donde se le practica ecografía de abdomen que revela “*hígado metastático*”. El 16 de marzo se efectúa TAC que sugiere neoplasia vesicular y se indica que las lesiones hepáticas es posible que sean secundarias a esta neoplasia más que a una de vejiga. El 22 de marzo vuelve a urgencias con cuadro de ictericia obstructiva, siendo visto por el Servicio de Oncología del Hospital, no considerándolo “*subsidiario de tratamiento con quimioterapia*”. El 24 de marzo acude al Hospital Virgen de la Arrixaca (Unidad de Radiología) para resolver el cuadro de ictericia. El 15 de abril consulta en hospital privado para realización de PET que informa de metástasis hepáticas y óseas. El 16 de abril ingresa en Oncología del Hospital Virgen de la Arrixaca por fiebre y dolor en HD. Es valorado por el Servicio de Cirugía, que desestima posibilidad de tratamiento quirúrgico. En mayo sufre hemorragia digestiva alta, evidenciando una deformación duodenal sugestiva de invasión tumoral, siendo tratado quirúrgicamente. El 15 de mayo acude al Servicio de Cirugía General en orden a determinar si existe respuesta positiva a los tratamientos oncológicos recibidos, por si pudiese efectuarse cirugía de rescate de las metástasis. Es citado para el 23 de junio de 2004 en el Servicio de Oncología. El 25 de junio se quita la vida.

De las numerosísimas ocasiones en que el paciente es asistido en la Sanidad pública, los reclamantes no precisan en qué momento pudo haberse ya diagnosticado el cáncer y los facultativos no lo hicieron. Tampoco apuntan qué pruebas diagnósticas no efectuadas pudieron llevarse a cabo en orden a una detección más precoz del tumor. Al margen de que esta omisión, por sí sola, dificulta sobremanera la posibilidad de estimar la reclamación, no puede dejar de manifestarse la generosidad y amplitud del despliegue de medios y recursos sanitarios puestos a disposición del paciente para el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de su enfermedad.

Por otra parte, la valoración de dichas asistencias y en qué medida en ellas podía ya haberse anticipado la verdadera etiología de las dolencias que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas, bien mediante la aplicación de otras técnicas posibles pero omitidas, así como la posibilidad misma de implantar tratamientos diferentes a los instaurados que hubieran evitado el fatal desenlace, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Con-

tencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite error o indebida tardanza en el diagnóstico médico, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de las sucesivas asistencias prestadas, pues nada permite inferir que en ellas, y en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, pudiera anticiparse el diagnóstico del cáncer e instaurar un tratamiento que permitiera la curación. Del mismo modo, tampoco queda acreditado en el expediente que, atendidas las circunstancias, la “*lex artis*” impusiera la necesidad o la conveniencia de realizar pruebas diagnósticas diferentes a las practicadas.

Y es que, ante la pasividad probatoria de los reclamantes, la única valoración técnica de la asistencia prestada por los facultativos la constituye el informe de la Inspección Sanitaria y el Dictamen de la Compañía Aseguradora. El primero de ellos afirma que “*el diagnóstico de carcinoma vesical se realizó muchos años antes del diagnóstico de metástasis, que fue seguido estrechamente, respondiendo a los tratamientos, que en ningún momento los informes de anatomía patológica, dicen que hay invasión muscular que podría justificar la cirugía radical más precozmente, influyendo también la circunstancia de la edad del paciente y lo agresivo de la cirugía*”.

Para los peritos de la aseguradora, por su parte, “*no existe relación entre el carcinoma urotelial “superficial” que el paciente presentaba en la vejiga y el adenocarcinoma que originó las metástasis hepáticas, ya que son dos tumores con origen y estirpes histológicas completamente distintas*”

Las consideraciones efectuadas por los médicos informantes coinciden en señalar, si bien desde ángulos diversos, que no resultaba posible anticipar el diagnóstico y consiguiente tratamiento del cáncer en fase terminal que le fue diagnosticado al paciente en marzo de 2004. En primer lugar, porque la Administración aplicó todos los recursos que según la ciencia médica eran precisos para un adecuado diagnóstico, tratamiento y seguimiento de la enfermedad, ajustando los facultativos intervinientes su actuación a los resultados que arrojaban en cada momento las pruebas diagnósticas que de manera constante se venían realizando al enfermo. Del mismo modo y en segundo lugar, porque no existía relación entre la patología conocida del paciente (el carcinoma urotelial superficial que presentaba en la vejiga) y el proceso canceroso que, manifestándose en marzo, vino a comprometer definitivamente su estado de salud (el adenocarcinoma de probable origen biliar). Todo ello mueve a ambos informantes a concluir en la absoluta adecuación a los dictados de la ciencia médica de la asistencia prestada y su ajuste a la “*lex artis ad hoc*”, lo que no ha sido probado de contrario por los reclamantes.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los interesados, al no concurrir en el supuesto los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de dicha responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 36/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 21/03/07

Extracto de Doctrina

La Comunidad Autónoma tiene competencia material para establecer y regular la Tarjeta de Estacionamiento para Personas con Discapacidad, y el Proyecto encontraría habilitación legal en los artículos 13.2 y 21,b) LSSSRM, en relación con el artículo 76.2 de la Ley Régimen Local de la Región de Murcia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Directora General de Política Social elevó al titular de la Consejería de Trabajo y Política Social propuesta de elaboración de un Proyecto de Decreto destinado a establecer el régimen jurídico de las tarjetas de estacionamiento para personas con discapacidad, dando así cumplimiento a la Recomendación del Consejo de la Unión Europea aprobada el 4 de junio de 1998.

SEGUNDO.- Por la Consejería consultante se procedió a la elaboración de un borrador de Decreto con dicho contenido, que obra en el expediente junto con las siguientes actuaciones:

- Una memoria informe sobre la norma que se pretende aprobar, elaborada por el Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación de la Consejería de Trabajo y Política Social.
- Certificados acreditativos de haber sometido el citado borrador a la consideración del Consejo Regional de Servicios Sociales, así como de los Consejos Sectoriales de Personas Mayores, Personas con Discapacidad, Infancia y Familia y Minorías Étnicas, que lo informaron favorablemente.
- Memoria económica, fechada el día 18 de febrero de 2002, en la que se afirma que para hacer frente a los gastos que comporte la aprobación y aplicación del Decreto, existe crédito adecuado y suficiente en los Capítulos I y II del Presupuesto de gastos de la Dirección General de Política Social.
- El Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, con fecha 18 de abril de 2002, emite informe favorable al borrador.
- Con fecha 23 de mayo de 2002 se emite informe favorable del Secretario General de la Consejería.

TERCERO.- Solicitado informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos se emite el día 20 de junio de 2002, considerando que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, estaría habilitado para dictar la norma que se pretende aprobar en virtud de las facultades de coordinación que le reconoce la Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia, aunque afirma que el principio de

autonomía local, sobre el que incide el Proyecto, exige que se recabe dictamen del Consejo Regional de Cooperación Local, órgano al que su Ley de creación atribuye, entre otras, la función de informar sobre “los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamentos reguladores de los distintos sectores de la acción pública de la Administración Regional que afecten al ámbito de competencias de la Administración Local”.

CUARTO.- Recabado el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES) es emitido el día 12 de julio de 2002, haciendo constar la valoración positiva que le merece *“por considerar que el mismo supone el establecimiento con carácter general de una medida que permitirá fomentar la movilidad física de las personas discapacitadas con las ventajas que la misma implica de cara a su plena integración social”*, no obstante lo cual señala una serie de sugerencias tendentes a mejorar el texto, entre las que destaca la necesidad, a su juicio, de haber consultado a la Federación de Municipios de la Región de Murcia *“por tratarse de la regulación de competencias que han de ser ejecutadas por los Municipios y porque, como se ha puesto de manifiesto, sobre esta cuestión ya existía un acuerdo con dicha Federación y la Federación de Asociaciones Murcianas de Disminuidos Físicos en el que se afrontaba de manera más satisfactoria esta materia”*.

QUINTO.- Por el Jefe del Servicio de Desarrollo Normativo de la Consejería consultante se emite, con fecha 16 de octubre de 2002, informe en el que se analizan las propuestas del CES, señalando las que se acogen y las que se rechazan indicando, en este último supuesto, las razones que motivan su no inclusión. Respecto de la necesidad apuntada por el CES de consultar a la Federación de Municipios se alega que el texto fue informado de forma favorable y unánime tanto por el Consejo Regional de Servicios Sociales como por los Consejos Sectoriales de Servicios Sociales, órganos en los que está representada dicha Federación de Municipios.

SEXTO.- Con fecha 29 de octubre de 2002 se recibió en este Consejo Jurídico oficio de la Consejería de Trabajo y Política Social solicitando la emisión de Dictamen, acompañando el expediente, extracto e índice reglamentarios. El día 4 de noviembre de 2002 este Órgano Consultivo aprueba el Dictamen núm. 205/2002 en el que, con base en las Consideraciones que en él se contienen, concluyó que no procedía emitir Dictamen sobre el fondo del asunto hasta que el expediente se completara, al menos, con el informe preceptivo del Consejo Regional de Cooperación Local.

SÉPTIMO.- Recibido el Dictamen en la Consejería consultante, se procede a completar la instrucción del expediente, sometiendo el Proyecto a informe del Consejo Regional de Cooperación Local que, según se desprende de la certificación que obra en el expediente, quedó informado de su contenido en reunión celebrada el día 20 de diciembre de 2005.

El Proyecto también se envió a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, cuya Comisión Ejecutiva, en sesión del día 14 de diciembre de 2005, lo informó favorablemente.

OCTAVO.- Con fecha 10 de noviembre de 2006 (registro de entrada), se ha solicitado de nuevo a este Consejo Jurídico emisión de Dictamen del Proyecto, a cuyo efecto se vuelve a enviar el expediente al que se ha adicionado la siguiente documentación:

- Certificado del acuerdo adoptado, en su sesión del día 20 de diciembre de 2005, por el Consejo Regional de Cooperación Local, por el que se tiene por informado del Proyecto.

- Certificado del acuerdo adoptado por la Comisión Ejecutiva de la Federación de Municipios de la Región de Murcia en su reunión del 14 de diciembre de 2005, por el que informan favorablemente el Proyecto.
- Nueva memoria económica, fechada el día 31 de mayo de 2006, en la que se afirma que la aprobación del Proyecto no conllevará gastos de capital; que sí se generarán en materia de personal, pues serán necesarias las funciones de un auxiliar administrativo para llevar a cabo las tareas de seguimiento, envío de documentación y coordinación con los Entes implicados; y, finalmente, en lo que respecta a gastos corrientes, también se afirma que la entrada en vigor del Decreto proyectado implicará un desembolso dinerario para hacer frente a los gastos que suponga la confección de la documentación que se menciona en el artículo 6. En relación con los gastos de personal se indica en la Memoria Económica que no existe dotación presupuestaria para atenderlos; circunstancia que no concurre respecto de los gastos corrientes, para lo que existe crédito adecuado y suficiente en el presupuesto de gastos correspondiente al ejercicio 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997 de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), la consulta se formula preceptivamente, emitiéndose el Dictamen con tal carácter.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.

La Constitución Española (CE) establece en el artículo 14 el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, y en el artículo 49 la obligatoriedad de los poderes públicos de desarrollar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

El Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EA) consagra igualmente estos principios, señalando en su artículo 9, entre las actuaciones primordiales de la Comunidad Autónoma, la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Por otro lado, el artículo 10.Uno.18 EA atribuye a nuestra Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social. En desarrollo de dicha competencia se promulgó la Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia (en adelante, Ley 8/1985), que en el artículo 32, d) establecía como una de las funciones del servicio social de minusválidos la de promover la supresión de barreras arquitectónicas, la adaptación del transporte público y aquellas medidas que mejoren las posibilidades de desplazamiento de los minusválidos. La Ley 8/1985, fue derogada por la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (a partir de ahora, LSSSRM), cuyo artículo 13, destinado a regular las actuaciones de los servicios sociales especializados en el sector de Personas con Discapacidad, establece en su apartado 2 que será propio de este servicio “desarrollar programas de valoración y diagnóstico de la discapacidad, atención temprana, formación

ocupacional, integración laboral, supresión de barreras, ayudas técnicas, capacitación en actividades de autocuidado, actividades de ocio e integración social, garantizándoles una atención residencial adecuada cuando lo precisen y cuantos otros sean necesarios para favorecer la autonomía personal e integración social del discapacitado”. Además la LSSS-RM en el artículo 21.b) atribuye al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma “la planificación general de los servicios sociales en la Región de Murcia, a fin de garantizar niveles mínimos de protección en todo el territorio”.

En la concreta materia objeto del Proyecto, es decir, el del establecimiento de una Tarjeta de Estacionamiento para personas con discapacidad, resulta oportuno hacer referencia a los siguientes antecedentes:

- La Ley estatal 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, hace mención en su artículo 60 a que los Ayuntamientos deberán adoptar medidas para facilitar el estacionamiento de los vehículos automóviles pertenecientes a los minusválidos con problemas graves de movilidad.
- Artículo 7,b) del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que establece como competencia municipal la regulación, mediante Ordenanza, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social.
- La Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en su Disposición Adicional Cuarta determina que los Municipios, en el ejercicio de las competencias que les atribuye el artículo 7 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 13/1982, deberán adoptar las medidas necesarias para la concesión de la tarjeta de aparcamiento para personas con discapacidad con problemas graves de movilidad y para la efectividad de los derechos que de la misma derivan, teniendo en cuenta la Recomendación del Consejo de la Unión Europea sobre la creación de una tarjeta de estacionamiento para las personas con discapacidad.
- Recomendación a los Estados Miembros aprobada por el Consejo de la Unión Europea con fecha 4 de junio de 1998, para que establezcan una tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad, con arreglo a un modelo comunitario uniforme reconocido mutuamente por los Estados miembros, a fin de que los titulares de estas tarjetas puedan disfrutar en toda Europa de las facilidades de estacionamiento a ella vinculadas, con arreglo a las normas nacionales vigentes del país en que se encuentre la persona.
- Protocolo suscrito el 18 de enero de 1994, entre la entonces Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, la Federación de Municipios de la Región de Murcia y la Federación de Asociaciones Murcianas de Disminuidos Físicos, cuyo objeto es la creación de una Tarjeta de estacionamiento de vehículos para personas minusválidos.

das, que acredite a sus titulares para la obtención de los beneficios específicos que los Ayuntamientos establezcan en sus Ordenanzas, en orden a dar cumplimiento al artículo 60 de la Ley 13/1982.

Las normas anteriormente citadas vienen a imponer a los Municipios de la Región de Murcia la obligación de concesión de la Tarjeta de Estacionamiento para personas con discapacidad, resultando adecuado el establecimiento de una norma de ámbito regional que, respetando las competencias municipales relativas a la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (art.25.2,b) de la Ley de Bases de Régimen Local), regule el establecimiento de la Tarjeta, así como sus características, determinación de los beneficiarios y procedimiento para su concesión. Esta actividad autonómica encuentra respaldo legal en el artículo 76.2 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, que establece que “procederá la coordinación de las competencias de las Entidades Locales entre sí y, especialmente, con las de la Administración Regional cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dicha Administración, o sea concurrentes o complementarias de los de ésta” y, en relación con el tema que nos ocupa, el interés de la Administración local titular concurre y se complementa con el de la Administración Autonómica para establecer un régimen único que garantice una homogeneidad sustantiva y formal en la concesión de dicha Tarjeta, de modo que, con independencia del Ayuntamiento en el que se trámite la solicitud, los discapacitados gocen de un trato idéntico en orden a alcanzar el mayor grado de autonomía que, como objetivo último, persigue la norma proyectada.

A partir de las precedentes referencias cabe entender que la Comunidad Autónoma tiene competencia material para establecer y regular la Tarjeta de Estacionamiento para Personas con Discapacidad, así como que el Proyecto encontraría habilitación legal en los artículos 13.2 y 21,b) LSSSRM, en relación con el artículo 76.2 de la Ley Régimen Local de la Región de Murcia.

Por último, en lo que a competencia orgánica se refiere, el Consejo de Gobierno tiene atribuida genéricamente la potestad reglamentaria por el artículo 32.1 EA y por el artículo 22.12 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004) y, además, de forma específica para la materia que nos ocupa, por el artículo 21, a) LSSSRM.

Corresponde al titular de la Consejería de Trabajo y Política Social la propuesta al Consejo de Gobierno del presente Proyecto en virtud de lo establecido en los artículos 22, b) LSSSRM y 37.1, c) de la Ley 6/2004.

En cuanto a la forma de la norma que se pretende aprobar, la de Decreto resulta adecuada a tenor de lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, Ley 7/2004).

TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido y sistemática.

I. En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, los procedimientos de elaboración de proyectos de reglamentos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 6/2004, se rigen por lo establecido en el artículo 53 del expresado texto legal. En lo que respecta a los procedimientos iniciados con anterioridad, como es el caso que nos ocupa, al

no contener la Ley 6/2004 disposición transitoria propia, habrá de aplicarse la regla general establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), según la cual los procedimientos en trámite a la entrada en vigor de una modificación de las normas propias de la instrucción, se regirán por la legislación anterior, comenzando a regir la nueva para los que se inicien a partir de su entrada en vigor. Cabe concluir que al procedimiento de elaboración del Proyecto objeto del presente Dictamen, le son de aplicación las normas contenidas en la Ley estatal 50/1997, de 26 de noviembre, del Gobierno, a cuyas prescripciones, vigentes en el momento de inicio de la tramitación del expediente, se ha acomodado en términos generales, salvo en lo que se refiere al cumplimiento de lo preceptuado en la Disposición Adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo núm. 1/1999, de 2 de diciembre, a cuyo tenor “todo proyecto de ley, de disposición administrativa o de convenio cuya aprobación y aplicación pudiera generar nuevas obligaciones económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos de la Administración Pública Regional y de sus organismos autónomos, o una disminución de ingresos inicialmente previstos, deberá documentarse con una memoria económica en la que se detallen las posibles repercusiones presupuestarias de su aplicación. La Dirección General de Presupuestos, Programación y Fondos Europeos emitirá informe preceptivo sobre estos proyectos”. Como en el momento de elaborar la memoria económica (folio 74) no existía consignación presupuestaria para cubrir los gastos que supondría la dotación de una plaza de auxiliar administrativo, cuya creación y cobertura resulta, según se afirma en dicha memoria, necesaria para atender el incremento de trabajo administrativo que supondrá la entrada en vigor del Decreto, el Proyecto debería de haberse sometido a informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos.

No obstante lo anterior, como la aprobación del Proyecto se va a llevar a cabo, presumiblemente, en el año 2007, debe emitirse una nueva memoria económica actualizada con los datos correspondientes a dicho ejercicio, y en el supuesto de que nuevamente se dé la circunstancia de que no exista consignación presupuestaria para atender todos o parte de los gastos que vayan a producirse, se deberá recabar informe de la Dirección General de Presupuestos.

Por otro lado, se observa que la tramitación del expediente, una vez recibido el primer Dictamen de este Órgano Consultivo emitido el día 4 de noviembre de 2002, se ha ralentizado desmesuradamente: transcurren tres años hasta que se obtienen los informes del Consejo Regional de Cooperación Local y de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, y una vez recibidos éstos aún se dilata el reenvío del expediente al Consejo Jurídico un año más, sin que, aparentemente, concorra circunstancia alguna que justifique esta demora, lo que colisiona frontalmente con los principios de celeridad, eficacia y eficiencia que deben inspirar toda actuación administrativa.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, diez artículos, dos disposiciones transitorias, dos disposiciones finales y dos anexos.

III. La sistemática seguida por el Anteproyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). A saber: incluye una parte expositiva en la que se fundamenta el objeto

de la norma, aunque omite, como se señala con más detalle al analizar el fundamento legal del Proyecto, una indicación expresa de los artículos de la LSSSRM que darían cobertura a la acción normativa desplegada. No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que de ser aceptadas mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

- De conformidad con las mencionadas Directrices, la única referencia a las consultas realizadas durante la elaboración del texto que debe constar en la fórmula promulgatoria es la realizada al Consejo de Estado o, en nuestro caso, al Consejo Jurídico (Directriz 16). El resto de tales consultas debe indicarse en párrafo independiente, antes de la fórmula promulgatoria (Directriz 13).
- Las disposiciones de la parte final deben intitularse con la leyenda que corresponda atendiendo al contenido o materia a la que se refieren (regla 38 de las ya mencionadas Directrices de técnica normativa).
- Por otro lado, resulta obligado la inclusión de una Disposición derogatoria que, según señala la regla 41 de las repetidas Directrices, deberá contener las cláusulas de derogación del derecho vigente de forma precisa y expresa.
- En lo que respecta a los Anexos, la regla 44 de dichas Directrices también exige que vayan titulados, prescripción que no se cumple en el Proyecto cuyo Dictamen nos ocupa en lo que se refiere al Anexo I, que debe intitularse con la siguiente leyenda o similar: “Características y modelo de la Tarjeta de Estacionamiento”.
- También según esta última regla, los Anexos han de numerarse con romanos; se debe, pues, sustituir por esta numeración la cardinal arábiga que se recoge tanto en los encabezados de ambos Anexos, como en las referencias que a ellos se contienen en la parte dispositiva del Proyecto.

CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Proyecto.

El análisis jurídico del Proyecto plantea, a juicio de este Órgano Consultivo, las siguientes cuestiones:

1ª. En la Exposición de Motivos debe contenerse una referencia a los preceptos del EA, de la LSSSRM y de la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia, que dotan al Proyecto de cobertura competencial y habilitación legal, de acuerdo con el contenido de la Consideración Segunda del presente Dictamen.

2ª. A tenor de lo preceptuado en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominar a los minusválidos y a las personas con minusvalía. En este sentido, pues, debe revisarse el texto del Proyecto efectuando las sustituciones que correspondan.

3ª. Debe revisarse la redacción del apartado 2 del artículo 1, porque en su configuración actual resulta confusa y, a veces, impropia. Así, la expresión “de las personas con disminución, la cual les origina una movilidad reducida” ganaría en rigor gramatical si se sustituyese por la siguiente “de las personas cuya discapacidad les origine una movilidad reducida”. También resulta aconsejable eliminar el infinitivo “poner” dejando únicamente el de “estacionar”, por ser este último verbo mucho más preciso para describir la acción que se pretende facilitar a los usuarios de las Tarjetas de Estacionamiento.

4ª. Los titulares del derecho a obtener la Tarjeta de Estacionamiento (art. 2), además de residir en la Región de Murcia y estar afectados por una discapacidad que les origine problemas de movilidad, deben haber obtenido un informe favorable de la unidad competente en materia de reconocimiento del grado de dependencia (art. 7.3 del Proyecto). Esta circunstancia debe reflejarse en el artículo 2.

5ª. La extensión del reconocimiento del derecho a utilizar la Tarjeta de Estacionamiento para personas con discapacidad a los titulares de tarjetas emitidas por otras Comunidades Autónomas u otros Países miembros de la Unión Europea, debe supeditarse a que aquéllas lo hayan sido según el Modelo de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 4 de junio de 1998.

6ª. La posibilidad de utilización de la Tarjeta de Estacionamiento en el ámbito territorial de la Comunidad Europea, debe supeditarse a los términos que las autoridades competentes en cada territorio tengan establecido, sin concretar que aquéllas sean los Ayuntamientos, porque no corresponde a la norma autonómica de un Estado miembro determinar qué órganos u órganos ostenten dicha competencia en los distintos países que integran la Unión Europea (art. 3 del Proyecto).

7ª. El título del artículo 4 del Proyecto ganaría en corrección gramatical si se modificase su redacción por la siguiente que se sugiere: “Características y condiciones de uso de la Tarjeta de Estacionamiento”.

8ª. El apartado 3 del artículo 4 prevé que “El incumplimiento de estas condiciones de uso, constatado por la autoridad competente, dará lugar a la cancelación de la tarjeta a través del pertinente expediente contradictorio, sin perjuicio de las sanciones municipales de otra índole que pudieran corresponder”. La cancelación de la Tarjeta de Estacionamiento se configura, pues, como una sanción que, como tal, no encuentra la correspondiente cobertura en norma alguna de rango legal y, por lo tanto, debe suprimirse. Por otro lado, la referencia a las posibles sanciones municipales es superflua, ya que al estar vinculadas a infracciones de las normas de circulación y estacionamiento serían castigadas de acuerdo con las disposiciones vigentes en esta materia.

9ª. El artículo 5 del Proyecto tiene como finalidad establecer los derechos de los titulares de la Tarjeta de Estacionamiento, por ello resulta inadecuada la redacción del apartado e) que se presenta como un mandato a un destinatario indeterminado. Debe reformularse este precepto del siguiente modo: “Estacionamiento en las plazas reservadas a personas con discapacidad en acontecimientos deportivos y culturales”.

10ª. La expresión “para las personas con movilidad reducida” que se recoge en el apartado f) del Artículo 5, no se encuentra correctamente ubicada; debe trasladarse al primer renglón del párrafo, situándola entre las palabras “beneficios” y “que”.

11ª. En el apartado 4 del artículo 7 se establece la estimación por silencio administrativo de las solicitudes de concesión de la Tarjeta de Estacionamiento, añadiendo que ello es “sin perjuicio de la obligación de dictar resolución expresa que en cualquier caso deberá ser confirmatoria del acto”. La estimación por silencio administrativo (silencio positivo) produce un acto administrativo a todos los efectos, que pone fin al procedimiento (art. 43.3 LPAC), y al que, en consecuencia, le es aplicable la teoría general del acto administrativo, de ahí que, transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar, ya sólo puede dictarse una resolución expresa que sea confirmatoria, pero esa resolución confirmatoria no ha de

producirse como afirma el Proyecto “en cualquier caso”. En efecto, si una vez estudiada la solicitud, resultara que el pronunciamiento de fondo no pudiera ser plenamente conforme con el contenido del acto producido por silencio (v.gr. cuando el solicitante no reúna los requisitos que el propio Proyecto establece como necesarios para ser titular de la Tarjeta de Estacionamiento), el órgano competente (el Ayuntamiento, en este caso) deberá abstenerse de dictar resolución. Sólo podría iniciar, en su caso, el procedimiento de revisión de oficio del acto producido por silencio. Lo anterior obliga a modificar los términos en los que aparece redactado el precepto cuyo comentario nos ocupa, sugiriendo el Consejo Jurídico que se efectúe una remisión a lo que, en relación con la obligación de la Administración de resolver en los procedimientos para los que está prevista la estimación por silencio administrativo, establece el artículo 43.4,a) LPAC.

12ª. El apartado 5 del artículo 7 contiene una regulación del procedimiento a seguir ante los supuestos de desistimiento del derecho o renuncia de procedimiento que viene a reproducir, aunque de forma confusa, lo que al respecto establecen los artículos 90 y 91 LPAC. Resultaría más adecuado bien suprimir el apartado, bien efectuar una remisión a la LPAC.

13ª. La previsión contenida en el artículo 9 implica la cesión de datos de una Administración pública, (la local) a otra (la autonómica). Pues bien, al respecto cabe recordar lo que ya ponía de manifiesto este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 111/2001, en relación con la imposibilidad de que los datos obtenidos por una Administración pública para el ejercicio de las funciones que le son propias en el ámbito de sus competencias, puedan comunicarse a un tercero, incluso cuando éste sea una Administración pública para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias diferentes, sin el previo consentimiento del afectado; salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos (art. 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). Pues bien, aunque del título del precepto parece desprenderse que la comunicación de datos lo sería a efectos estadísticos, tal circunstancia debe reflejarse explícitamente en el texto del artículo, para poder así entender dicha comunicación ajustada a Ley.

14ª. Bajo la denominación de “Comisión de Seguimiento” el artículo 10 del Proyecto crea un órgano colegiado cuyas competencias pueden calificarse de asesoramiento y seguimiento, y en cuya configuración se deben tener en cuenta las observaciones que a continuación se indican:

- Resultaría más adecuado sustituir su denominación por la de Comisión Asesora o similar.
- A tenor de lo previsto en el artículo 23.2 de la Ley 7/2004, en la norma de creación, es decir, en el Decreto que se pretende aprobar, se han de determinar en relación con el órgano que crea:
 1. Sus fines u objetivos.
 2. Su integración administrativa.
 3. La composición y los criterios para la designación de su presidente y de los restantes miembros.
 4. Las funciones de decisión, propuesta, informe, seguimiento o control, así como cualquier otra que se le atribuya.
 5. La dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

- El régimen jurídico de la Comisión se ajustará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la LPAC, salvo las peculiaridades organizativas que se considere oportuno recoger en la norma de creación (art. 23.3. Ley 7/2004).

15ª. En la Disposición Final Primera se faculta al Consejero competente en materia de Servicios Sociales a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación del futuro Decreto.

La habilitación reglamentaria que se efectúa en esta Disposición resulta contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 EA) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. En consecuencia, debido a la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar una habilitación de potestad reglamentaria general a favor del titular de la Consejería, tal previsión debe suprimirse.

16ª. La Disposición Final segunda incluye, como ya viene siendo habitual en los proyectos normativos tramitados por la Consejería consultante, una cláusula de entrada en vigor inmediata que limita, sin justificación aparente para ello, la posibilidad material de conocimiento de la norma, incumpliendo así lo establecido en las Directrices sobre técnica normativa antes citadas. Como en otras tantas ocasiones, se sugiere introducir una *vacatio legis* por el tiempo que la Consejería proponente considere adecuado para garantizar dicho conocimiento de la norma, respetando, como mínimo, la entrada en vigor ordinaria fijada en veinte días desde su publicación, de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

17ª. El Anexo I además de la representación gráfica, a tamaño real, del modelo de Tarjeta de Estacionamiento, debe recoger las características necesarias para definir dicha Tarjeta, atendiendo al Anexo de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 4 de junio de 1998.

18ª. En el Anexo II debe actualizarse la referencia al año de aprobación del Decreto cuyo Proyecto es objeto del presente Dictamen.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Proyecto de Decreto por el que se regula la Tarjeta de Estacionamiento para Personas con Discapacidad, puede ser sometido a aprobación del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- Sin perjuicio de lo anterior, para que la aprobación sea de acuerdo con el criterio de este Consejo Jurídico, deberán atenderse las siguientes observaciones que se formulan con el carácter de esenciales, en aplicación de lo establecido en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril:

- La realizada sobre la procedencia de recabar informe de la Dirección General de Presupuestos si de la nueva Memoria Económica se desprendiese que la entrada en vigor del Decreto que se pretende aprobar generara gastos para los que no existe consignación presupuestaria (Consideración Tercera, I).

- La que se recoge sobre la necesidad de sustituir las referencias que en el Proyecto se contienen a “minusválidos”, “minusvalía” o “persona con minusvalía”, por las de “discapacitados”, “discapacidad” o “persona con discapacidad” (Consideración Cuarta, 2ª).
- La realizada sobre la necesidad de no concretar qué autoridad es la competente para la concesión de la Tarjeta de Estacionamiento en el resto de países de la Unión Europea (Consideración Cuarta, 6ª).
- La que se formula sobre la necesidad de suprimir el apartado 3 del artículo 4, por carecer de cobertura legal que ampare la cancelación de la Tarjeta de Estacionamiento que en dicho precepto se prevé (Consideración Cuarta, 8ª).
- La necesidad de modificar la redacción del apartado e) del artículo 5 en los términos que se indican en la Consideración Cuarta, 9ª, ya que de mantenerse la que ahora se recoge en el Proyecto se invadirían competencias municipales.
- La que se señala en relación con la necesidad de adecuar el contenido del artículo 7.4 del Proyecto a lo que, en relación con la obligación de la Administración de resolver en los procedimientos para los que está prevista la estimación por silencio administrativo, establece el artículo 43.4.a) LPAC (Consideración Cuarta, 11ª).
- La realizada en la Consideración Cuarta, 14ª, sobre la necesidad de que en el Proyecto se recojan las determinaciones a las que se refiere el artículo 23 de la Ley 7/2004, en relación con la creación de órganos de la Administración autonómica.
- La que se señala en relación con la necesidad de suprimir la habilitación reglamentaria a favor del titular de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, debido a la insuficiencia de rango de la norma proyectada para efectuar dicha habilitación (Consideración Cuarta, 15ª).

TERCERA.- El resto de observaciones, y especialmente la que se contiene en la Consideración Cuarta, 1ª, sobre la necesidad de hacer mención en la Exposición de Motivos a los artículos del EA, la LSSSRM y de la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia, que dotan al Proyecto de cobertura competencial y habilitación legal, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 37/07.- Modificación del contrato de las obras de construcción del Auditorio y Centro de Congresos de Cartagena.**Consultante: Alcaldesa del Ayuntamiento de Cartagena****Fecha: 21/03/07****Extracto de Doctrina**

El alto órgano consultivo estatal recordó que “el poder de modificación no puede utilizarse para salvar posibles deficiencias o imprevisiones técnicas contenidas en el proyecto (o en el proyecto base, si se tratara de contratos como el presente). Y no cabe confundir –como ha tenido ocasión de resaltar este Consejo en numerosas ocasiones– las “necesidades nuevas o causas imprevistas” con las simples imprevisiones derivadas de una inadecuada redacción del proyecto, ya se deba a defectos en su propia elaboración o en los datos que sirvieron para su redacción misma” (Dictamen 583/2001, de 29 de marzo).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según indica la memoria general de julio de 2006 del proyecto de modificación nº 2 del proyecto de ejecución de las obras de construcción del Auditorio y Centro de Congresos de Cartagena, que figura en los folios 106 a 125 del expediente remitido, dicho proyecto de obras tuvo su origen en el Concurso de Ideas de Arquitectura convocado a tal efecto en el año 2001 por el Ayuntamiento de Cartagena y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, del que resultó el encargo, realizado por el citado Ayuntamiento, a los facultativos ganadores de dicho concurso, para la redacción del proyecto básico y de construcción y posterior dirección de las obras en cuestión, cuya construcción se contrataría posteriormente. En dicha memoria se indica que el proyecto originario se “realizó” con fecha 27 de marzo de 2003 y que, con base en el mismo, se contrató la ejecución de las obras.

Debe destacarse que en el expediente remitido no se incluye ninguna documentación referente al contrato de redacción del proyecto de obras y de dirección facultativa de las mismas, que el Ayuntamiento suscribiría con los ganadores del referido Concurso de Ideas.

SEGUNDO.- El referido proyecto de obras fue aprobado por el Ayuntamiento en Acuerdo del Pleno de 10 de abril de 2003, junto al Pliego de Condiciones Técnicas y Administrativas que habrían de regir la contratación de la ejecución de las obras. La adjudicación del contrato se produjo por Acuerdo plenario de 9 de octubre de 2003 a favor de “UTE Auditorio de Cartagena” (integrado por A. P., O. y C., S.A. e I.), por un importe de 20.364.945’79 euros y un plazo de ejecución de 30 meses, aceptando el Ayuntamiento determinadas mejoras ofrecidas por la adjudicataria. El correspondiente contrato se formalizó el 25 de noviembre de 2003. Todo ello se desprende del contrato en cuestión, obrante en los folios 50 a 55 del expediente remitido.

TERCERO.- Mediante escrito registrado el 14 de abril de 2005, el Arquitecto coautor del proyecto de obras y director facultativo de las mismas presentó un escrito al Ayuntamiento en el que, en síntesis, manifiesta que “con posterioridad a la adjudicación de las obras han surgido incidencias nuevas debido a que el terreno encontrado es menos homo-

géneo del previsto y a la conveniencia de mantener con respecto al Museo Nacional de Arqueología Submarina la mayor distancia posible. El preciso conocimiento posterior de éstos y el exacto levantamiento topográfico aconsejan el movimiento del edificio dentro de la parcela para evitar afectar a servicios existentes en la misma. El cambio de naturaleza del terreno, mayor del esperado, origina que, a la vista de los mismos, una vez adjudicada la obra, se haya encargado un Estudio Geotécnico complementario que aconseja, motivado por los nuevos sondeos realizados, un análisis sobre la solución proyectada y su modificación, sustituyendo parcialmente el sistema perimetral de pantallas plásticas proyectado por pantallas rígidas, y aumentándose también su profundidad para garantizar en lo posible la estanqueidad del recinto interior”.

Por ello, solicitaba autorización para la redacción de un proyecto modificado de las obras que recogiera todas estas circunstancias, señalando que, al afectar la pretendida modificación sólo a una parte de la cimentación, era inviable acudir a una nueva licitación.

CUARTO.- El Pleno del Ayuntamiento acordó el 19 de abril siguiente la iniciación de expediente de modificación del contrato de obras y solicitar determinados informes al respecto. Entre ellos, destaca el de 19 de mayo de 2005, del Área de Infraestructuras del Ayuntamiento, en el que el Arquitecto municipal y dos ingenieros municipales señalaron lo siguiente respecto a la solicitud de autorización para la redacción de un proyecto modificado:

“El Director de la Obra justifica su propuesta entre otras por:

- 1.- Incógnitas que presentaba el primer estudio geotécnico, durante la redacción del proyecto.*
- 2.- Desconocimiento de la parcela real, pues sitúa el edificio fuera de los límites de la propia parcela, según él mismo manifiesta.*
- 3.- Desconocimiento de la situación e influencia del túnel del Almarjal.*
- 4.- Desconocimiento de rellenos de mayor inestabilidad en capas superiores en lo que hoy es el Muelle de Alfonso XII.*

Entendemos que dichos aspectos, que eran subsanables durante el proyecto de ejecución, debieron haber sido subsanados en dicha fase, minimizando al menos la importancia del modificado que ahora se propone, y haber sido advertidos en fase de supervisión del proyecto, si es que fue supervisado, para que éste se hubiese confeccionado acorde a la realidad y con las soluciones técnicas adecuadas.

Hemos también de indicar que, sin poder entrar en valoraciones técnicas del proyecto, pues estas corresponden y son de exclusiva responsabilidad del autor del mismo y director de la Obra, la solución propuesta parece a priori más “adecuada” que la de proyecto.

No obstante lo anterior, sí hemos de manifestar que entendiendo sólo como un tanteo (sic), el cuadro comparativo de presupuestos aportado, justificativo del orden de magnitud de la variación económica de la oferta, parece excesiva en comparación con los precios del proyecto.

Asimismo, hemos de manifestar que, dada la singularidad y especialización técnica de la obra, entendemos es absolutamente necesaria la contratación de un equipo especializado que siga desde este momento, tanto la redacción del modificado y la siguiente ejecución

de la obra, como la documentación dimanante de la misma, tales como las certificaciones o posibles modificados de obra, revisiones de precios, etc..., con todas las atribuciones necesarias para asesorar a la corporación hasta la recepción de las mismas”.

QUINTO.- El 15 de julio siguiente los mismos funcionarios emiten otro informe en el que, a la vista ya de un “proyecto modificado n° 1”, señalan lo siguiente:

“1. Las modificaciones que se proponen consisten básicamente en:

1.1. Modificación del edificio en su posición en la parcela y un acortamiento del mismo, lo que conlleva una menor superficie construida, no siendo sustancial la diferencia.

1.2. Modificaciones por desvío de servicios que afectaban a la ubicación del edificio.

1.3. Modificaciones en los movimientos de tierras, motivadas por los cambios de tipo de cimentación estructural.

1.4. Modificaciones en las cimentaciones, motivadas por la necesidad de garantizar la estanqueidad en el vaso necesario para la construcción de la parte deprimida del edificio.

1.5. Modificación de la urbanización, eliminando una amplia superficie del proyecto original, según indica el proyecto “por pertenecer y hacerse cargo de su urbanización la entidad del Puerto de Cartagena”.

1.6. Modificaciones en la Seguridad y Salud de las obras de acuerdo al Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre.

2. En el anexo “Normativa Técnica Aplicable” el autor recoge la normativa que resulta de aplicación del proyecto.

3. Los precios contradictorios que presenta el proyecto modificado han sido confeccionados en base a los precios unitarios del proyecto original a excepción de:

3.1. Algún precio (se) recoge como precio unitario, precio que es compuesto, por lo que deberá utilizarse como precio auxiliar o justificarse.

3.2. En algunos precios se ha modificado la unidad de medida del mismo con respecto al proyecto original, debiéndose realizar (utilizar) el precio de la misma unidad de medida del proyecto original.

3.3. En algunos precios se han modificado las unidades de medida de los rendimientos de los precios unitarios, debiendo ser coherentes con los del proyecto original utilizando las mismas unidades de medida.

3.4. Se han incluido precios ofertados como mejoras.

4. El proyecto se acompaña del Plan de Seguridad y Salud.

Por tanto, deberán realizarse las correcciones indicadas, lo que posiblemente conlleve una variación en el presupuesto de este proyecto modificado n° 1”.

SEXTO.- Obra en el expediente (f. 71 a 82) la memoria justificativa correspondiente al citado proyecto modificado n° 1, fechada en agosto de 2005, en el que el Director facultativo de las obras y coautor del proyecto originario expone las razones y extremos en que consiste la modificación propuesta.

En el epígrafe 2 de dicha memoria (“*Justificación de la modificación*”), se relacionan las diversas circunstancias que motivan la modificación del proyecto, que se resumen básicamente en dos conceptos: a) reubicación de la planta de edificio en la parcela (esencialmente motivado por la decisión municipal de ampliar el paseo marítimo del Muelle de Alfonso XII, donde se ubica, lo que requiere alejar el edificio 6 metros más respecto del cantil del muelle del puerto, que pasa así a estar a 26 metros de éste); b) las “*variaciones geotécnicas*” advertidas en el subsuelo, puestas de manifiesto en los dos estudios geotécnicos (denominados nº 2 y nº 3) que hubo que realizar para “*subsanan las deficiencias*” advertidas en el estudio geotécnico (denominado nº 1) elaborado en su día y que sirvió de base para la elaboración del proyecto originario, estudio que se considera “*insuficiente*” (f. 74).

Estas circunstancias implican, esencialmente, la necesidad de modificar las determinaciones del proyecto originario sobre la cimentación del edificio y desviar algunos servicios existentes (línea de fibra óptica y ramal de la instalación contra incendios propiedad de la Autoridad Portuaria). Por lo que respecta al cambio en la cimentación, se considera que la pantalla estructural a todo lo largo del edificio, coincidente con las fachadas de su planta (eliminando con ello la ejecución del recinto de pantalla estanco exterior a dicha planta previsto originariamente, que es inviable por la naturaleza de los terrenos y por el definitivo replanteo del edificio), unido a la ampliación de la profundidad de empotramiento de dicha pantalla para garantizar en lo posible la estanqueidad del recinto interior (f. 76), es la solución más viable económicamente de las técnicamente posibles, y “*tiene las ventajas añadidas de una seguridad de ejecución mucho más alta en los terrenos encontrados y con una seguridad a las filtraciones de agua a lo largo del tiempo en que el edificio estará en funcionamiento muy superior a la que había en proyecto, porque se ejecuta un vaso de hormigón mucho más grueso*” (f. 73). No obstante lo anterior, se señala que los estudios geotécnicos nº 2 y 3 ponen de manifiesto que “*cada metro de pantalla a ejecutar es independiente del resto y estará en función de cómo se comporte el terreno en esa excavación independientemente de cómo se haya comportado en la anterior. Con esto lo que queremos decir es que aunque se están tomando todas las medidas, haciendo todos los análisis posibles, el terreno es tan complejo que hay que ir paso a paso evaluando cada metro como si fuera uno solo*”.

SÉPTIMO.- A la vista de la nueva documentación remitida a los indicados funcionarios municipales, el 9 de agosto de 2005 emiten nuevo informe, en el que concluyen que el proyecto de modificación nº 1 definitivo presentado, que supondría un incremento del 16’9530% sobre el precio de adjudicación, cumple los requisitos exigidos por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), al haberse introducido las correcciones indicadas en su informe de 15 de julio anterior.

OCTAVO.- El 12 de septiembre de 2005 la Secretaria del Ayuntamiento emite informe favorable a la modificación contractual pretendida, a reserva de los informes preceptivos de la Comisión Especial de Cuentas y de la Intervención Municipal.

NOVENO.- El 14 de septiembre de 2005 el Interventor emite informe favorable, al igual que lo hizo la citada Comisión de Cuentas el 21 siguiente, fecha asimismo en que la Concejal del Área de Hacienda, Contratación y Patrimonio acuerda autorizar el correspondiente gasto, por un importe de 3.452.483’2 euros.

DÉCIMO.- El 26 de septiembre siguiente, la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar, con el consentimiento del contratista, el proyecto modificado n° 1 de las obras de referencia, determinando la improcedencia de convocar una nueva licitación de las obras (por ser técnicamente inviable la ejecución de las obras por empresas distintas), sin variación del plazo de ejecución inicialmente previsto, de acuerdo con la propuesta realizada en este punto por el referido Director Técnico. El 17 de octubre siguiente se formaliza la correspondiente modificación del contrato, levantándose Acta favorable de comprobación del replanteo el 24 de octubre de 2005.

UNDÉCIMO.- El 15 de junio de 2006, el citado Director de las obras dirige un escrito al Ayuntamiento (complementado luego por la “*memoria general*”, fechada en julio de 2006, correspondiente al “*proyecto modificado n° 2*”), en el que expone la necesidad de proceder a una segunda modificación del proyecto. Ello lo justifica básicamente en los siguientes motivos:

A) Exceso de obra ejecutada sobre la prevista en el proyecto aprobado (el modificado n° 1 citado), en las partidas relativas a la excavación y la profundidad de las pantallas de cimentación, por haber sido técnicamente necesario para alcanzar el sustrato impermeable de terreno. Así, la magnitud de dichas pantallas pasó de los 3.810 m² previstos a los 6.445 m² ejecutados, aumentado correlativamente el número de anclajes necesarios (de 5.355 a 8.190 metros); la aparición de bloques de piedra de gran dureza hizo necesario pasar de las 300 horas de trépano previstas a 3.400 ejecutadas. Indica que con ello se sobrepasa el 10% de lo presupuestado, excediendo así del límite de incremento incluíble en la liquidación según la legislación de contratos (se refiere al supuesto previsto en el artículo 160 del Reglamento del TRLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

B) Conveniencia de modificar el sistema de anclaje de los muros pantalla y el sistema de impermeabilización del edificio, motivado por la heterogeneidad del terreno encontrado. Así, “*estima conveniente*” (f. 111 exp.) utilizar un sistema de anclaje de muros pantalla de bulbo múltiple (SBMA), lo que implica utilizar un mayor número de cables y bulbos en un mismo anclaje; y, “*debido al cambio de cimentación planteado en el modificado n° 1*” y por tener que impermeabilizar en superficies irregulares (f. 113), deben impermeabilizarse todas las losas y muros con una lámina de un determinado geocompuesto de bentonita, por ser el adecuado dado el alto nivel de salinidad de las aguas y el confinamiento a que estará sometida dicha lámina impermeabilizante, entre muros de hormigón con superficies irregulares, debiendo complementarse, además, el capítulo de impermeabilización con un aditivo superplastificante para hormigón. A ello se une, a petición de los técnicos municipales, la colocación de un forjado sanitario, no previsto en los proyectos anteriores.

C) Además, indica que es necesario adaptar las determinaciones del proyecto a la vigente Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (modificada por Ley 54/2003) y a los planes de prevención a los que posteriormente se ha adherido el Ayuntamiento, lo que implica utilizar “*medios auxiliares más avanzados, que aunque más costosos permiten abordar la ejecución de manera que se cumplan los principios de acción preventiva*” establecidos en dicha legislación, teniendo en cuenta los avances de la técnica en este punto.

D) Por último, señala que en la excavación se han encontrado los restos del antiguo cantil del primer muelle de Alfonso XII, construido en el siglo XIX, lo que ha motivado, a instancias de los servicios municipales de arqueología, la extracción individual y limpieza de los bloques de dicho cantil.

Considera finalmente el indicado facultativo que la ejecución de las obras, dada su naturaleza, debería realizarse por el mismo contratista adjudicatario, y que el plazo previsto en el contrato de obras habría de ampliarse en 16 meses sobre el vigente, sin que sea necesario suspender las obras.

Figura también en el expediente un documento de julio de 2006 en el que consta la audiencia del contratista en la elaboración del referido proyecto modificado n° 2 y su conformidad con los nuevos precios establecidos en el mismo.

DUODÉCIMO.- El 2 de octubre de 2006, el Arquitecto municipal emite informe de supervisión del referido “*proyecto modificado n° 2*”, del que indica que implicaría un incremento sobre el presupuesto originario del 69’38% (incluyendo el 16’95% de la modificación ya aprobada), sobre el que advierte diversas deficiencias que deben ser subsanadas, de las que se destacan ahora las siguientes:

“K) Respecto a la impermeabilización del vaso y del conjunto, debido además a su tremenda importancia, se deberá aportar certificado y expresión detallada del tipo, marca de lámina y geotextil, densidad, espesor de los distintos componentes y justificación de la solución adoptada, así como normativa que le sea de aplicación (Zonas empleadas del edificio a efectos de emplear en la medición). (En especial detalles de encuentros, juntas con pantallas verticales y criterios mecánico-químicos adoptados en relación con la subpresiones, tipo de terreno y nivel freático existente).

L) Referente a la solución de anclajes multibulbo, empleados habitualmente en pantallas sometidas a flexión, hormigonadas in situ, se deberá aportar las especificaciones, casa comercial, detalles del proceso de excavación del terreno. Todo ello para fijar con la máxima precisión el contenido de los precios y la valoración de éstos”.

El resto de requerimientos se refieren, básicamente, a procurar una adecuada aclaración y diferenciación de las determinaciones del proyecto vigente respecto de las que introduciría el proyecto de modificación n° 2; a que se justifique el cálculo de diversos precios contradictorios y que se introduzcan otras mejoras técnicas en la documentación del referido proyecto de modificación n° 2.

DECIMOTERCERO.- En escrito fechado el 20 de octubre de 2006, el Director de la obra contesta los requerimientos efectuados en el anterior informe del Arquitecto municipal. Por lo que se refiere a los extremos reseñados en las letras K) y L) del mencionado informe, expresa lo siguiente:

“K) Se adjunta ficha de características técnicas de la lámina de bentonita y manual de instalación de la misma, así como plano de planta y detalles (CRQ.A4).

L) Se presenta la siguiente documentación en referencia a la solución de anclajes de bulbo múltiple:

- Concepto de anclaje de bulbo múltiple.*
- Nota de cálculo de los anclajes de bulbo múltiple.*
- Informe de los ensayos de investigación.*
- Procedimiento de tensado de anclajes.*
- Informe de revisión del procedimiento por I. del S., S.A.*

- *Test de aceptación de anclajes.*
- *Plano de distribución de anclajes (M.E1.0)*”.

DECIMOCUARTO.- En informe de 2 de noviembre de 2006, el Arquitecto municipal señala, entre otras consideraciones, lo siguiente:

“La modificación Nº 2 es consecuencia de la Ejecución de Obras, básicamente para darle viabilidad a la cimentación, ejecución de estructura de cámara sanitaria por razones de protección antihumedad, entre otras características, demolición del cantil e impermeabilización y empleo de cimbras apropiadas. La proximidad al mar es un condicionante en la adecuación de la obra a la realidad en su devenir diario. (...)

A la vista de la nueva documentación presentada, Subsanción de informe suscrito por el Arquitecto D. J. S. con fecha 20-X-2006, Anexo de documentación complementaria de Octubre de 2006 y Anexo 1 al informe del coordinador de Seguridad y Salud, ya reseñada la fecha de presentación anteriormente en el encabezamiento de este escrito, consideramos que procede el Visto Bueno y Conforme con las siguientes consideraciones:

Se acredita el Precio Contradictorio reseñado como nº PC 04.02.10 en su nueva redacción aclaratoria”.

DECIMOQUINTO.- Obra en el expediente documento de fecha 10 de noviembre de 2006 en el que se hace constar la audiencia y conformidad del contratista al proyecto modificado nº 2, incluyendo acta correspondiente al precio contradictorio nº PC. 04.02.10 a que se refería el último informe del Arquitecto municipal.

DECIMOSEXTO.- El 15 de noviembre de 2006 la Concejal del Área de Hacienda, Contratación y Patrimonio del Ayuntamiento formula propuesta a elevar a la Junta de Gobierno Local para: a) la autorización del gasto que comportaría la aprobación del proyecto modificado nº 2 de las obras de referencia, que ascendería a 34.495.113’50 euros (es decir, un incremento sobre el precio de adjudicación originario del 69’38% antes indicado); b) la aprobación de dicho proyecto (y, consiguientemente, de la correspondiente modificación del contrato de obras, con el consentimiento del contratista); c) la ampliación del plazo de ejecución en 16 meses (pasando a ser de 46 meses); d) el reajuste de la garantía a exigir al contratista, por importe de 427.107’38 euros; y e) la posterior formalización de la modificación contractual (f. 146 a 148 exp.).

DECIMOSÉPTIMO.- El 20 y 30 de noviembre de 2006, el Interventor municipal y la Comisión Especial de Cuentas del Ayuntamiento informan favorablemente la referida propuesta.

DECIMOCTAVO.- El 13 de diciembre de 2006 la Secretaria General Accidental del Ayuntamiento informa favorablemente dicha propuesta, conforme con los informes reseñados, considerando que concurren motivos de interés público y demás requisitos exigidos al efecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, debiéndose solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

DECIMONOVENO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 16 de enero de 2007, la mencionada Concejal solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

VIGÉSIMO.- Mediante Acuerdo 6/2007, de 22 de enero de 2007, el Consejo Jurídico requirió al Ayuntamiento para que subsanase la solicitud de Dictamen, en cuanto el único órgano municipal legitimado al efecto es su Alcaldesa-Presidenta, según el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), siendo subsanada tal circunstancia a virtud de solicitud de Dictamen formulada por la citada Alcaldesa, registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 13 de febrero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de modificación de un contrato administrativo por un importe superior al veinte por ciento del precio inicial, siendo éste superior a 601.012'10 euros (cien millones de pesetas), concurrendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.8 LCJ. Conforme expresa la propuesta objeto de Dictamen, la modificación pretendida comportaría, aisladamente considerada, un incremento del 44'83% que, unida a la ya aprobada, daría lugar a un incremento total sobre el precio inicial del 69'38%.

SEGUNDA.- Procedimiento.

El procedimiento tramitado para la modificación contractual que se pretende aprobar ha seguido, en lo sustancial, lo dispuesto al efecto en los artículos 146 y concordantes del TRLCAP y 162.2 de su Reglamento.

No obstante, se advierte que, de pretender elevar la propuesta objeto de Dictamen a la consideración de la Junta de Gobierno Local, debería recabarse previamente una nueva fiscalización del gasto por parte del Interventor, en cuanto la realizada por éste en su día se refirió al ejercicio presupuestario de 2006 (informe de 20 de noviembre de 2006, f. 149 y 150 exp.)

TERCERA.- Sobre el fondo de la modificación contractual pretendida.

I. El artículo 101.1 TRLCAP establece que *“una vez perfeccionado el contrato el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*.

A la vista de las actuaciones que obran en el expediente remitido, se suscitan ciertas dudas sobre si las determinaciones en que consiste la modificación del proyecto ahora pretendida (la segunda en proponerse en menos de un año, según la fecha de las memorias justificativas obrantes en el expediente, agosto de 2005 y julio de 2006) relativas a los cambios en el sistema de cimentación e impermeabilización del edificio (las reseñadas en la letra B) del Antecedente Undécimo) han de considerarse como *“necesidades nuevas o causas imprevistas”* a que se refiere el citado precepto legal. Del resto de determinaciones del proyecto modificado nº 2 no cabe oponer objeción, pues se trata de excesos en la ejecución del número de unidades de obra sobre las previstas en el proyecto aprobado, cuya realización ha sido técnicamente necesaria para dar viabilidad a las determinaciones de este último (letra A) de dicho Antecedente), o que derivan de decisiones municipales posteriores a la aprobación del proyecto originario (letras C) y D).

En este punto, resulta especialmente procedente recordar las consideraciones contenidas en los Dictámenes del Consejo de Estado n^{os} 583/2001, de 29 de marzo, y 3357/2003, de 20 de noviembre, emitidos a consecuencia de sendas modificaciones del proyecto de obras de construcción del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas que se estaban ejecutando en zona muy próxima del mismo Muelle de Alfonso XII en que se proyectó el edificio que ahora nos ocupa; obra aquélla en la que una buena parte de las modificaciones introducidas en el proyecto de competencia del Estado se fundaban en la necesidad de variar el sistema de cimentación del citado Museo, debido, como en el caso que ahora consideramos, a las especiales características del terreno en el que se actuaba, al tratarse de un muelle portuario y con una gran proximidad al mar del edificio en cuestión (en aquel caso, a 25 metros del cantil del Muelle).

Además, en aquel caso, como en el presente, la redacción del proyecto de ejecución de las obras se había encargado por la Administración a un tercero ajeno a la misma (allí, al mismo contratista de las obras -contrato mixto-; en nuestro caso, al equipo técnico que ganó el concurso de ideas convocado previamente al efecto), lo que suscitaba la posibilidad de que, sin perjuicio de lo que procediera acordar sobre la modificación del proyecto en cuestión, pudieran deducirse responsabilidades del redactor del proyecto conforme a lo establecido en los artículos 217 a 219 TRLCAP.

Ya en el primero de los citados Dictámenes, el alto órgano consultivo estatal recordó que *“el poder de modificación no puede utilizarse para salvar posibles deficiencias o imprevisiones técnicas contenidas en el proyecto (o en el proyecto base, si se tratara de contratos como el presente). Y no cabe confundir -como ha tenido ocasión de resaltar este Consejo en numerosas ocasiones- las “necesidades nuevas o causas imprevistas” con las simples imprevisiones derivadas de una inadecuada redacción del proyecto, ya se deba a defectos en su propia elaboración o en los datos que sirvieron para su redacción misma”*. En los respectivos Dictámenes, el Consejo de Estado estimó que era procedente aprobar las modificaciones que en cada uno de los casos se sometían a su consideración, y que no existía responsabilidad del contratista redactor del proyecto, y ello con base en los informes que la Administración del Estado contratante había solicitado al Centro de Estudios y Experimentación de las Obras Públicas (CEDEX) del Ministerio de Fomento y a sus propios servicios técnicos.

Así, en el Dictamen 583/2001, expresó que *“frente a las dudas planteadas, cabe considerar que la Administración, atendidas tales circunstancias, ha actuado diligentemente, toda vez que, ante el planteamiento de la adjudicataria acerca de las dificultades (imposibilidad, en realidad) de aplicar la cimentación en los términos previstos en el proyecto base (tras la realización de pruebas más intensas y detalladas), la Administración acordó solicitar la intervención del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) del Ministerio de Fomento.*

La Administración contratante, por tanto, ha desplegado la actividad necesaria para que, desde un punto de vista técnico, se verificara la veracidad del planteamiento formulado por la adjudicataria, así como la solución, también técnica, más idónea al caso. Para ello acudió al CEDEX, a quien, por lo demás, con rigor le corresponde informar desde un punto de vista técnico, pero no sobre el alcance que las modificaciones proyectadas o soluciones técnicas adecuadas puedan tener desde la perspectiva del vínculo contractual existente” (...); “con el necesario apoyo en el contenido de tales informes técnicos, no existen razones para rechazar que tales estudios previos fueron los razonablemente exigi-

bles entonces, aunque finalmente la realidad física haya demostrado la necesidad de incluir correcciones en el sistema de cimentación (que sigue siendo el mismo)” (...); “con todo ello cabe razonablemente llegar a la conclusión de que la adjudicataria efectivamente realizó los pertinentes estudios previos y, congruentemente con los resultados obtenidos, redactó el proyecto base. Sin embargo, los estudios (más profundos e intensos) realizados por la propia adjudicataria (y posteriormente también por CEDEX) tras la adjudicación (en trance de redactar el proyecto), han dado como resultado la necesidad de introducir las modificaciones reseñadas en el sistema de cimentación, aunque siga utilizándose el sistema de pantalla continua perimetral. Como se apuntó anteriormente, no puede desconocerse que normalmente la intensidad de los estudios no será la misma en la fase de formular la oferta y en trance de redactar el proyecto tras la adjudicación.

Tampoco puede desconocerse que los servicios técnicos de la Administración constatan, tras el estudio geotécnico realizado por la adjudicataria al formular su oferta, que nada hacía suponer las dificultades posteriores, que deben ser corregidas en función de los datos ahora conocidos. Ello ha llevado a tales servicios técnicos a considerar como circunstancias imprevistas (no como simples imprevisiones) la realidad física finalmente demostrada”.

Resultó entonces en aquel caso que, aprobada la primera modificación del proyecto, en lo tocante, entre otros aspectos, al sistema de cimentación, y habiendo elegido en su momento la Administración, con el acuerdo del proyectista, la solución técnica aconsejada por el CEDEX (distinta, no obstante, de la propuesta por aquél), posteriormente se puso de manifiesto la inadecuación de dicha solución para asegurar un aceptable nivel de impermeabilización del edificio, lo que fue reconocido por dicho Organismo en informe de noviembre de 2002, lo que motivó que se propusiera otra modificación del proyecto (se supone que la definitiva), para introducir un cambio sustancial en el sistema de cimentación. Y fueron todas estas circunstancias, es decir, la suficiencia, en un momento inicial, de los estudios geotécnicos realizados, la plena “inviabilidad” técnica de la solución aprobada en la primera modificación del proyecto, y el que tal solución fuera la propuesta por un órgano técnico consultivo de la Administración (y no la del proyectista contratado al efecto) lo que justificó que, en el Dictamen 3357/2003, el Consejo de Estado informara favorablemente la segunda modificación contractual (y, además, no considerase tal circunstancia como imputable al citado proyectista).

II. Aplicadas dichas consideraciones al caso que nos ocupa, de evidente similitud con el abordado en los reseñados Dictámenes, resulta lo siguiente:

1º. No consta en el expediente documentación alguna sobre los términos del contrato de redacción del proyecto y dirección de la obra suscrito con los ganadores del concurso de ideas previamente convocado al efecto. Por ello, no resulta posible determinar si el Ayuntamiento estableció unas bases técnicas a las que tuvieran que sujetarse los ganadores de dicho concurso, adjudicatarios del contrato en cuestión (regulado en los artículos 216 y siguientes TRLCAP). Tampoco consta si, por su parte, el Ayuntamiento disponía de los antecedentes necesarios, derivados de la experiencia adquirida por la Administración del Estado en el caso del citado Museo, para incluirlos como referencia a la hora de determinar los trabajos y soluciones a emplear en la redacción del proyecto del Auditorio (el concurso de ideas se convoca en el año 2001 y el proyecto de las obras se “realiza” el 27 de marzo de 2003, según indican los redactores en la memoria de la segunda modificación, f. 109 exp. ya citado).

2º. En la memoria de agosto de 2005, justificativa de la modificación ya aprobada, los citados redactores admiten que el estudio geotécnico realizado para la redacción del proyecto de obras originario (denominado estudio “nº 1”), resultaba “insuficiente” y adolecía de “deficiencias” no subsanadas por la empresa encargada de dicho estudio (se supone que contratada por ellos mismos, en cuanto adjudicatarios del contrato de redacción del proyecto).

3º. Con ocasión de dicha primera modificación, los técnicos municipales que la informaron, tras advertir que varias de las circunstancias motivadoras de dicha modificación debían haber sido previstas en fase de elaboración del proyecto originario, manifestaron que era “absolutamente necesario” la contratación de un equipo técnico especializado que siguiera desde ese momento tanto la redacción del modificado como la subsiguiente ejecución de las obras, con todas las atribuciones necesarias para asesorar a la Corporación hasta la recepción de las mismas (Antecedente Cuarto). Es decir, que los técnicos encargados de supervisar ya la primera modificación consideraron que la singularidad y complejidad de la obra requería de un asesoramiento especializado externo que evaluase las propuestas realizadas por los redactores del proyecto en orden a la modificación del mismo, y sus posteriores incidencias. No consta que ello se llevara a cabo.

4º. En consecuencia con lo anterior, el informe de supervisión entonces emitido se centró sobre todo en verificar la corrección de los nuevos precios de las unidades de obra, antes que a estudiar la idoneidad técnica de las soluciones propuestas por los redactores del proyecto. Igual perspectiva de análisis se advierte si se examina el informe de supervisión del proyecto de modificación que ahora nos ocupa. Además, cuando el Arquitecto municipal requiere al facultativo proponente de esta segunda modificación una más detallada justificación del cambio en el sistema de cimentación e impermeabilización, éste contesta de un modo ciertamente escueto para la trascendencia económica y constructiva de la modificación pretendida (Antecedentes Duodécimo y Decimotercero). No obstante lo cual, el citado funcionario concluye dando el visto bueno a la misma.

III. Las anteriores circunstancias obligan a este Consejo Jurídico a señalar lo siguiente:

1. No parece dudoso que las características y ubicación de la edificación proyectada plantean problemas técnicos especiales, ni que deba procurarse que las soluciones técnicas sobre determinaciones tan importantes como la cimentación e impermeabilización de la estructura del edificio deban ser las que con mayores garantías eviten posteriores problemas, tanto en la construcción del mismo como en su posterior vida útil. En este sentido, parece que aun cuando el redactor del proyecto modificado nº 2 propone esta modificación por estimarla “conveniente”, se refiere en realidad, a su necesidad, si bien ello debería ser convenientemente explicitado en el expediente.

2. Los antecedentes que hemos expuesto obligan a señalar la muy especial conveniencia de que el Ayuntamiento cuente con el asesoramiento externo especializado a que se refirieron en su momento los técnicos de su Área de Infraestructuras, para que de este modo pueda considerarse adecuadamente instruido el órgano de contratación acerca de si la solución técnica que ahora se pretende aprobar es la más adecuada para resolver definitivamente los problemas de cimentación e impermeabilización del edificio (con las lógicas y comprensibles limitaciones de la ciencia y la técnica humanas). Además, tal asesoramiento debería extenderse al examen de la suficiencia de los estudios y trabajos realizados por los adjudicatarios y sus entidades colaboradoras con carácter previo a la aprobación del proyec-

to originario de las obras, y su repercusión en la economía del contrato de ejecución de las mismas, para que de ese modo pudiera decidirse con fundamento, a la vista del pliego de condiciones que rigió la contratación de la redacción del proyecto, si procede o no alguna derivación de responsabilidad ex artículos 218 y 219 TRLCAP.

Este asesoramiento especial, que podría recabarse por la vía de urgencia, bien del CE-DEX (para aprovechar así la experiencia técnica adquirida por dicho Organismo en el caso del Museo de Arqueología), bien de cualquier otra entidad cualificada, serviría también como adecuada justificación frente a aquellos Organismos y Administraciones Públicas (señaladamente, la Comunidad Autónoma) que contribuyeran a financiar el elevado montante económico de esta obra.

3. Por otra parte, no puede obviarse el hecho de que, no obstante lo informado en un principio por los servicios técnicos municipales sobre la necesidad de dicho asesoramiento externo, éstos han acabado informando favorablemente el proyecto de modificación que nos ocupa, con lo que, desde un punto de vista estrictamente formal, se habrían obtenido los informes preceptivos necesarios para no invalidar la decisión que posteriormente se adoptase al respecto. Desde este exclusivo punto de vista, y con las reservas inherentes a la ausencia del asesoramiento técnico especializado al que se hace referencia, hemos de señalar que las circunstancias expresadas en la memoria justificativa de la modificación objeto de Dictamen avalan la aprobación de la modificación del proyecto de las obras de referencia, en cuanto tienen como fin procurar una solución a los problemas detectados en el sistema de cimentación e impermeabilización del edificio y dar respuesta a diversas circunstancias advertidas tras la aprobación del proyecto vigente. En este sentido, las singulares circunstancias de la obra y el estado de ejecución en que se debe encontrar (no consta que la obra haya sido suspendida) justificarían la aprobación de la modificación, más allá, pues, a estos concretos efectos, de lo que se determinase sobre la mayor o menor previsibilidad o imprevisibilidad de los hechos y circunstancias que la motivan, aspecto este que, en cambio, podría tener trascendencia en el plano de la (eventual) responsabilidad contractual a que se refieren los citados artículos 218 y 219 TRLCAP, en relación con el adjudicatario del contrato de redacción del proyecto de obras. En este punto, deberían iniciarse en todo caso actuaciones tendentes a dilucidar esta cuestión, que habría de ser resuelta en un momento posterior al de la aprobación de la modificación de que se trata.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A la vista de los antecedentes relacionados en este Dictamen, relativos a la especial dificultad técnica para determinar la solución adecuada sobre la cimentación e impermeabilización de la obra objeto del contrato de referencia, y conforme con lo informado en su día por los servicios técnicos municipales, el Ayuntamiento debería recabar un asesoramiento especializado externo a la Dirección facultativa de la obra para que informase sobre la propuesta de aprobación del proyecto modificado nº 2 objeto de Dictamen, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del mismo.

SEGUNDA.- No obstante lo anterior, y aunque lo indicado en la precedente Consideración constituye el más adecuado proceder para la mejor instrucción de la decisión que posteriormente hubiera de adoptar el órgano de contratación, con los informes de los ser-

vicios técnicos municipales recaídos sobre la propuesta de modificación n° 2 del proyecto de referencia, el expediente puede considerarse formalmente completo, a salvo lo indicado en la Consideración Segunda sobre la nueva fiscalización del gasto por la Intervención, y podría ser elevado a la aprobación del órgano de contratación, al concurrir los suficientes motivos de interés público para proceder a la aprobación de la citada modificación del proyecto y de la consiguiente modificación del contrato de ejecución de obras, en los términos establecidos en la propuesta de resolución objeto de Dictamen, por las razones asimismo expresadas en su Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 38/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. Q. H. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad N. H. M., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/03/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 39/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. L. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. B. L. L., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/03/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 20.

DICTAMEN 40/07.- Revisión de oficio de concesión de subvención para fomento de empleo a favor de D. F. D. L. y D. J. H. G., C.B.**Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)****Fecha: 02/04/07****Extracto de Doctrina**

Para la determinación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del artículo 62.1 LPAC es preciso traer a colación la doctrina consolidada del Consejo de Estado sobre su alcance, destacándose que una interpretación amplia de “los requisitos esenciales” para la adquisición de un derecho o facultad comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría de modo automático la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de anulabilidad. Por ello, distingue entre requisitos esenciales y necesarios, reservando los primeros para las nulidades de pleno derecho (Dictamen número 2047/97, de 5 de junio de 1997).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden del titular de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 20 de febrero de 2002 (BORM número 62, de 14 de marzo), se establecieron las bases reguladoras de los Programas de Fomento de Empleo para dicho ejercicio económico, a cuyo amparo la empresa “F. D. L. y J. H. G. C.B.” solicitó una subvención por importe de 4.800 euros, con cargo al Programa 1º (“Fomento de Empleo”) de la expresada Orden, por la contratación laboral efectuada el 4 de febrero anterior a la trabajadora D. M. V. M., menor de 30 años.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de junio de 2002 se emite informe técnico favorable a la concesión de la subvención así como, en la misma fecha, expide certificación el Subdirector General de Trabajo sobre la documentación que acompaña el solicitante, y que cumple, según detalla, con los requisitos exigidos para ser beneficiario. También del mismo día data la propuesta de la Dirección General de Trabajo, suscrita también por el Subdirector por delegación de firma, proponiendo la concesión y pago a la empresa solicitante de una subvención, por importe de 4.800 euros, por la incorporación a la empresa de la trabajadora D. M. V. M..

TERCERO.- Con fecha 4 de octubre de 2002 se presenta por parte de la empresa solicitante un escrito en el que manifiesta que D. M. V. M. causó baja voluntaria el 23 de septiembre de 2002, y su sustitución por D. C. M. C. el 26 de septiembre de 2002 (fecha de alta).

CUARTO.- Por parte de la Técnico de la Dirección General de Trabajo se remite a la empresa, el 10 de octubre de 2002 (registro de salida), un escrito solicitando la subsanación de deficiencias, en relación con la documentación presentada de la segunda trabajadora, lo que fue cumplimentado el 23 de octubre siguiente.

QUINTO.- Por Orden del titular de la Consejería consultante, de 12 de noviembre de 2002, le fue concedida la subvención solicitada, cuya finalidad era la promoción del empleo estable para mujeres jóvenes, desempleadas, menores de 30 años, de la Región de

Murcia. El pago a la empresa beneficiaria se efectuó, mediante transferencia bancaria, el 16 de diciembre de 2002.

SEXTO.- El 3 de febrero de 2006, el Jefe de Servicio de Coordinación y Gestión F.S.E, tras examinar el expediente de concesión de la subvención, remite comunicación de régimen interior a la Jefa del Servicio Jurídico, recabándole un informe sobre las actuaciones que proceden seguir, al haber detectado que la trabajadora D. M. V. M. no tenía la condición de desempleada, a pesar de estar inscrita en la correspondiente Oficina de Empleo, ya que lo simultaneaba con el ejercicio de una actividad como trabajadora autónoma, concurriendo además que tenía vinculación laboral con la citada empresa en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de contratación indefinida, incumpliendo los artículos 6.1 y 4, respectivamente, de la Orden de 20 de febrero de 2002.

SÉPTIMO.- El 5 de octubre de 2006 se acuerda iniciar por el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (en adelante SEF) el procedimiento de revisión de la Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 12 de noviembre de 2002, por la que se concede una subvención de 4.800 euros a la empresa “F. D. L. y J. H. G., C.B.”, por incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1f) de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC): “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Asimismo se acuerda otorgar un trámite de audiencia a la empresa beneficiaria, sin que conste que haya formulado alegaciones.

OCTAVO.- Con fecha 10 de octubre de 2006, el Jefe de Servicio de Fomento de Empleo emite informe favorable a la revisión de oficio, al haberse concedido la subvención con infracción del ordenamiento jurídico y careciendo de los requisitos exigidos legalmente.

NOVENO.- El 3 de noviembre de 2006 el Servicio Jurídico del SEF emite informe favorable a la declaración de nulidad de la Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de fecha 12 de noviembre de 2002.

DÉCIMO.- Con esta misma fecha, el Subdirector General de Empleo del SEF dicta propuesta de resolución declarando la nulidad de la citada Orden, por la que se concedió una subvención a la empresa “F. D. L. y J. H. G. C.B”.

UNDECIMO.- El 20 de diciembre de 2006 la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe favorable a la revisión de oficio propuesta por la Consejería consultante.

DUODECIMO.- Con fecha 29 de diciembre de 2006 (de registro de entrada) se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico emite Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo

Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los supuestos de nulidad previstos en el artículo 62.1, en relación con el 102, de la LPAC.

SEGUNDA.- Sobre la competencia, plazo y procedimiento para la declaración de nulidad.

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia (circunstancia que concurre en el presente supuesto), o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

1) Requisito temporal.

El acto administrativo que motiva el expediente de revisión de oficio es la Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 12 de noviembre de 2002, por la que se otorgó una subvención a la empresa “F. D. L. y Otro, C.B”.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la incoación del procedimiento, ya que la nulidad puede declararse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción, a diferencia de la declaración de lesividad de los actos anulables (artículo 103.2 LPAC).

2) Procedimiento y órgano competente para la declaración.

El expediente ha sido instruido y tramitado por el SEF al que su Ley de creación (Ley 9/2002, de 11 de noviembre) le atribuye las competencias de desarrollo y ejecución de la política regional en materia de empleo, y concretamente sobre las que versa el acto administrativo objeto de revisión, es decir, el desarrollo y ejecución de los programas de creación de empleo estable entre los colectivos de desempleados (artículo 3.j de la precitada Ley).

Sin embargo, el Consejo Jurídico debe realizar una observación acerca del órgano competente para la resolución del presente procedimiento de revisión de oficio pues, en contra de la propuesta sometida a Dictamen, considera que le corresponde al Presidente/a del Servicio Regional de Empleo, por las razones que se explicitan seguidamente.

En efecto, se considera por la propuesta de resolución y por los órganos preinformantes, que el órgano competente para resolver el procedimiento de declaración de nulidad es el Director del SEF, pues aunque el órgano concedente de la subvención fue la Consejería de Trabajo y Política Social, tras la creación del SEF corresponde a dicho órgano la competencia y, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, le correspondería la declaración de la revisión de oficio en su condición de órgano concedente. Además, se alega en otros expedientes similares lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la precitada Ley acerca de que serán aplicables, desde su entrada en vigor, los procedimientos de control financiero, reintegro y revisión de actos.

Sin embargo, han detenerse en cuenta las siguientes particularidades:

1ª. La norma específica que regula el SEF (artículo 24.1 de la Ley 9/2002) atribuye la resolución (sic) de los procedimientos de revisión de oficio al Presidente/a del SEF, que es el titular de la Consejería.

2ª. La ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que establece con carácter general el régimen jurídico de la Administración regional en relación con sus actos, atribuye al titular de la Consejería (artículo 33.1) la competencia para la revisión de oficio de los actos dictados por los demás órganos de su Consejería, o por los máximos órganos rectores de los organismos públicos adscritos a la misma, y a los máximos órganos rectores de dichos organismos los dictados por los órganos de ellos dependientes, si bien su Disposición Transitoria Primera especifica que los organismos autónomos y las demás entidades de Derecho Público existentes se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor, hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma; por lo tanto habrá que estar a la norma específica de creación.

3ª. El artículo 31.1 de la Ley regional de Subvenciones, ya citada (“cuando el acto de concesión incurriera en alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, y el órgano concedente proceda a su revisión de oficio o declaración de lesividad...”), no puede ser interpretado como una atribución específica de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho, en contra de lo previsto en la normativa general, pues si atendemos a su redacción literal se utiliza el término “proceda”, si bien prescribe expresamente que en el procedimiento habrá de solicitarse por el órgano concedente el informe del órgano instructor (lo que será de aplicación por mor de su disposición transitoria primera), pero sin indicar cuál es el órgano competente regional para su declaración, que viene establecido en su normativa específica de organización y funcionamiento, de acuerdo con lo establecido por la Ley 7/2004.

Por tanto, el Consejo Jurídico considera que la resolución del presente procedimiento de revisión de oficio corresponde a la Presidenta del SEF, a propuesta del Director del citado organismo.

En cuanto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, pues de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen núm. 84/99), se ha otorgado un trámite de audiencia a la empresa beneficiaria, según establece el artículo 84.1 LPAC, sin que haya formulado alegaciones, y se ha acordado la suspensión del plazo para resolver el presente procedimiento- entre el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo-, en evitación de su caducidad (artículo 102.5 LPAC), con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42.5,c) de la misma Ley para el caso de solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

Sin embargo, acerca de la medida de suspensión acordada, cabe realizar también las siguientes observaciones:

a) La solicitud de Dictamen, a los efectos suspensivos de que se trata, debe considerarse efectuada en la fecha que tuvo salida oficial el correspondiente escrito de petición de Dictamen, que en este caso, al no constar en el oficio de solicitud el registro de salida del órgano consultante como exige el artículo 38.1 LPAC, debemos considerarla desde el registro de entrada de la petición en el Consejo Jurídico (el 29 de marzo de 2006). Por consiguiente, cuando se solicitó el Dictamen restaban 8 días para que se cumpliera el plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de revisión, iniciado de oficio, por nulidad de pleno derecho.

b) Aun cuando se haya adoptado y comunicado con anterioridad el acuerdo de suspensión, no cabe entender interrumpido el plazo previsto por la LPAC para su resolución hasta que no media la petición al Consejo Jurídico.

c) Como el procedimiento de revisión se inició el 5 de octubre de 2006, y se suspendió el 29 de diciembre de 2006 (hasta un máximo de tres meses), el órgano competente dispone como plazo límite para resolver y notificar hasta el próximo 6 de abril de los corrientes. En el caso de que se cumpliera el citado plazo sin resolver este procedimiento, se debería declarar la caducidad del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen núm. 107/05), integrando las actuaciones seguidas en el expediente anterior con fundamento en el principio de conservación de actos cuyo contenido se mantenga igual, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LPAC.

TERCERA.- La causa de nulidad que vicia el acto administrativo.

La Ley de Subvenciones regional (artículo 31) se remite, en cuanto a las causas de nulidad del acto concesional, a las previstas en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones del Estado, que se reenvía, a su vez, a las indicadas en el artículo 62.1 LPAC.

Según la propuesta de resolución, el acto de concesión estaría incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho, al haber adquirido la empresa beneficiaria el derecho a percibir una subvención de 4.800 euros, careciendo del requisito esencial, de carácter objetivo, consistente en haber creado empleo contratando un trabajador desempleado, incumplándose el fin de la norma subvencional, siendo de aplicación, por ello, lo previsto en el artículo 62.1,f) LPAC: los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Para la determinación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del artículo 62.1 LPAC es preciso traer a colación la doctrina consolidada del Consejo de Estado sobre su alcance, destacándose que una interpretación amplia de “los requisitos esenciales” para la adquisición de un derecho o facultad comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría de modo automático la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de anulabilidad. Por ello, distingue entre requisitos esenciales y necesarios, reservando los primeros para las nulidades de pleno derecho (Dictamen número 2047/97, de 5 de junio de 1997).

Por tanto, esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ya ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el número 53/98, de 28 de diciembre). Para determinar, por consiguiente, el carácter esencial de estos requisitos, nos lleva a considerar los presupuestos de hecho que deben concurrir en los sujetos para la adquisición de un derecho.

La Orden de 20 de febrero de 2002, por la que regulaban los Programas de Fomento de Empleo para el citado año, establecía como requisitos para subvencionar a las Empresas que incorporaran trabajadores, mediante la contratación por tiempo indefinido y a jornada completa, dentro del Programa 1º, Fomento de Empleo, y del subprograma que atañe a la subvención concedida objeto de revisión, los siguientes:

a) Tener la condición de desempleados menores de 30 años cuyo periodo de inscripción como demandante de empleo en la Oficina de Colocación no exceda de 6 meses (artículo 6.1,d).

b) El trabajador contratado no deberá haber tenido vínculo laboral con la Entidad solicitante en los 12 meses anteriores a la contratación (artículo 6.4).

La empresa solicitó la subvención el 25 de marzo de 2002, dentro del plazo otorgado, acreditando la contratación laboral de la trabajadora D. M. V. M., nacida el 10 de enero de 1976, es decir, menor de 30 años (folios 25 y ss.).

Tras ser examinada dicha petición por la técnico que la informó favorablemente, se formuló por el Director General de Trabajo (suscrita por el Subdirector General de Trabajo con delegación de firma), en fecha 24 de junio de 2002, propuesta favorable para conceder una subvención a la empresa de 4.800 euros, por la contratación de la citada trabajadora, resolviéndose el expediente de concesión 6 meses después por Orden de la Consejera de Trabajo (suscrita por delegación por el Director General de Trabajo), de 12 de noviembre siguiente, que constituye el acto concesional objeto de revisión, con base a la propuesta de 24 de junio anterior, y por la contratación de la trabajadora anteriormente citada.

Pues bien, como señalan los órganos preinformantes, consta acreditado en el expediente (folios 79 y 80, en el reverso) que la trabajadora, D. M. V. M., no estaba desempleada a la fecha de su contratación por la empresa beneficiaria de la subvención (4-2-2002), sino en situación de “alta” en el Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social, situación en la que permanecía desde el 1 de abril de 2001, por lo tanto se incumplía la Orden de 20 de febrero de 2002 en cuanto al primero (a) de los requisitos citados (artículo 6.1,d) consistente en estar desempleada, pues simultaneaba una actividad como trabajadora autónoma.

También el segundo de los requisitos citados (b), previstos por la Orden de 20 de febrero de 2002 (artículo 6.4) se incumplía, pues la trabajadora tenía vinculación laboral con la citada empresa en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la contratación indefinida (folio 79).

Concurre también la circunstancia de que cuando se resuelve la concesión (el 12 de noviembre de 2002) la trabajadora por la que se subvencionaba, de acuerdo con la propuesta, ya no estaba contratada por la empresa beneficiaria (fecha de baja voluntaria el 23 de septiembre de 2002, según los folios 45 y 79, en su reverso), pese a los intentos de la empresa por sustituirla por otra trabajadora (D. C. M. C., según los folios 46 y ss. y 56 y ss.), sin que conste que se le contestara a este respecto, si bien se infiere que tal posibilidad se encontraba vedada, pues se establecía en la Orden de 20 de febrero de 2002 (artículo 13) respecto a contratos de trabajo ya subvencionados, lo que no sucedía en el presente supuesto, y previo cumplimiento de los mismos requisitos que el anterior.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que concurren los requisitos previstos en el artículo 62.1,f) LPAC para declarar la nulidad de pleno derecho, por cuanto existe un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico (Orden de 12 de noviembre de 2002), y se ha adquirido por la empresa beneficiaria el derecho a una subvención cuando se carecía de los requisitos esenciales para ello, consistentes en haber creado empleo contratando a un trabajador desempleado, e incumpliendo la finalidad de la norma subvencional.

La resolución administrativa declarando la nulidad llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, en los términos previstos en el artículo 31.2 de la Ley regional de Subvenciones.

A la vista de las anteriores Consideraciones, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que procede la revisión de oficio de la Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social, de 12 de noviembre de 2002, por la que se concedió a la empresa “F. D. L. y J. H. G. C.B.” una subvención de 4.800 euros, por estar incurso en causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, f) LPAC, siempre y cuando se adopte y notifique la pertinente resolución dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 41/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. R. M. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 04/04/07

Extracto de Doctrina

1. El cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto. El Consejo Jurídico se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial, sin perjuicio de señalar que ello no significa prolongar sine die la posibilidad de ejercicio de la acción, lo que de facto conduciría a su imprescriptibilidad, ni tampoco que el paciente tenga que pasar por todos los estadios o fases de la enfermedad antes de poder reclamar. Como ya indicábamos en el Dictamen 115/2004, recogiendo la doctrina sentada al respecto por el Consejo Consultivo andaluz en Dictamen 305/2002, “si existe un diagnóstico que de manera clara e inequívoca suministre al interesado el cabal conocimiento de su enfermedad y de las secuelas o consecuencias que vayan a generarse, de tal modo que pueda hacerse una representación del alcance del daño padecido, no se justifica que el ejercicio de la acción pueda prolongarse en el tiempo sine die, a espaldas de toda cobertura legal”.

2. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina (daño desproporcionado) cuando el daño constituye la materialización de un riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada, cuando los daños derivan de una complicación típica (SAN de 5 de abril de 2006) o tienen carácter desproporcionado por referencia a una intervención de riesgo mínimo. El Consejo de Estado, por su parte (Dictamen 1743/1999), excluye la aplicación de esta doctrina

cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2004, D. R. M. M. y su esposa D. J. P. L., actuando ambos en nombre propio y en el de su hijo, R. S. M. P., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la atención sanitaria recibida con ocasión del nacimiento de este último.

Según relatan los reclamantes, acudieron al Hospital Virgen de la Arrixaca a primera hora del 31 de agosto de 1991, ante los claros síntomas de parto que presentaba la Sra. P. (pérdida de líquido amniótico). Fue ingresada en el Hospital tras practicarle ecografía. Aun cuando ya había roto aguas y el parto era prematuro (7 meses de gestación), nada se hizo en el Hospital hasta el 2 de septiembre (al tercer día de estar ingresada), en que se practica una cesárea, cuando la paciente sufría un *“severo proceso febril provocado por una grave infección por estreptococo cuya causa no es otra que la falta de asistencia médica, el retraso en la operación y la ausencia de la necesaria asepsia en el Hospital”*.

El retraso en la asistencia provocó graves daños neuronales en el feto, derivados del proceso febril y de la infección, *“daños que se manifestaron en el parto”*, naciendo el niño con el siguiente diagnóstico: *“nacido pretérmino; sepsis por estreptococo; meningitis por estreptococo; neumonía por estreptococo; encefalopatía secundaria a meningitis; atrofia cerebral con infartos isquémicos y hemorragia talámica; obstrucción intestinal y desnutrición secundaria”*.

El niño permaneció 56 días en la UCI Neonatal, siendo trasladado a la Unidad de Neonatología el 28 de octubre de 1991.

El 8 de noviembre la madre sufre molestias provocadas por la infección, que le obligaron a ingresar en Urgencias.

Dada la corta edad del menor y las características de los daños sufridos no se ha podido determinar con precisión el alcance de las secuelas. En cualquier caso, el 19 de octubre de 1999, se le reconoce la condición de minusválido, con un grado de minusvalía del 90 %, que será elevado al 95% cuatro años más tarde.

Consideran así mismo los reclamantes que aún no se ha determinado el alcance definitivo de las secuelas, como demuestra la variación en el grado de minusvalía en los últimos años, por lo que todavía no había prescrito el derecho a reclamar.

De hecho, estiman que el plazo para reclamar no es el de un año establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sino el de cinco años establecido en el artículo 54 de la Ley General de la Seguridad Social (hoy artículo 43 de su texto refundido), *“por cuanto al tiempo de producirse el hecho dañoso, momento en el que nace la acción del perjudicado y la obligación de indemnizar por parte de la Administración, el plazo establecido por la normativa legal era éste”*.

Finaliza la reclamación solicitando una indemnización de 1.500.000 euros y proponiendo como prueba la aportación al expediente del historial clínico y que se practique examen médico a R. S. M. P..

Se acompaña la reclamación de diversa documentación acreditativa de la asistencia sanitaria prestada, de las resoluciones de reconocimiento de la condición de minusválido, y un informe médico, fechado el 3 de febrero de 2003, en el que un Facultativo Especialista en Neurología del Hospital Morales Meseguer indica que el paciente, de 11 años de edad, es seguido en consultas externas tras finalizar el seguimiento por Neuropediatría con diagnósticos de:

“Encefalopatía hipóxico-isquémica 2ª a sepsis neonatal. Tetraparesia espástica. Retraso psicomotor. Epilepsia sintomática.

Como secuelas permanentes padece grave retraso psíquico y del lenguaje, incontinencia esfinteriana, tetraparesia espástica, disfagia neurológica y epilepsia con crisis parciales secundariamente generalizadas. El último EEG realizado muestra una severa alteración del ritmo de fondo congruente con la existencia de una encefalopatía grave.

Como consecuencia de todo lo anterior precisa silla de ruedas, pañales de incontinencia, es tratado por el Servicio de Rehabilitación con toxina botulínica y diferentes técnicas ortopédicas y lleva tratamiento crónico con antiépilépticos (carbamacepina).

Está incapacitado de forma grave y precisa ayuda constante para sus tareas vitales más básicas como el vestido, aseo, alimentación, etc.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de fecha 26 de julio de 2004, se encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente.

TERCERO.- La reclamación es comunicada a la Dirección de los Hospitales “Virgen de la Arrixaca” y “Morales Meseguer” de Murcia, a fin de que remitan la historia clínica y el informe de los facultativos que atendieron al paciente, así como a la Correduría de Seguros para su remisión a la Compañía Aseguradora.

CUARTO.- Por la Correduría de Seguros se comunica que, atendida la fecha de los hechos, la reclamación no se encuentra dentro de la cobertura temporal de la póliza de responsabilidad civil suscrita por el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)

QUINTO.- Con fecha 13 de octubre de 2004 se recibe copia de la historia clínica e informe emitido por el Dr. V., del Servicio de Neurología del Hospital Morales Meseguer, del siguiente tenor:

“Paciente de trece años de edad, revisado en esta consulta con los diagnósticos de Encefalopatía hipóxico-isquémica secundaria a sepsis neonatal, tetraparesia espástica, retraso psicomotor, epilepsia sintomática.

Durante los últimos meses no ha sufrido modificaciones relevantes en su situación neurológica. Persiste la situación de retraso psíquico y del lenguaje graves, incontinencia esfinteriana y tetraparesia espástica. Las crisis se han controlado de manera aceptable con carbamacepina aunque ocasionalmente presenta alguna de ellas, con semiología parcial secundariamente generalizadas. Además es seguido por Rehabilitación, precisando tratamiento toxina botulínica.

Está incapacitado de forma grave y precisa ayuda constante para sus tareas vitales más básicas. Precisa silla de ruedas y pañales de incontinencia”.

SEXTO.- El 16 de noviembre de 2004, el Director Gerente del H.G.U. Virgen de la Arrixaca remite copia de las historias clínicas de la Sra. P. y del niño, así como informes de los profesionales que les asistieron.

Estos últimos, que constan en la historia clínica, consisten en un informe de revisión de fecha 27 de marzo de 2001 y otro de alta, fechado el 23 de octubre de 2003 (folios 238 y 240 del expediente), ambos de la Sección de Neurología Infantil del referido Hospital.

En la historia clínica del menor, constan, entre otros, los siguientes informes que dan cuenta de su evolución:

a) El emitido por el Servicio de Pediatría Sección U. C. I Neonatal relativo al ingreso del mismo a las nueve horas de vida, en el que se hace la siguiente valoración:

“Recién nacido término adecuado a edad gestacional que ingresa a las nueve horas de vida procedente de Neonatología por empeoramiento de cuadro séptico con inestabilidad hemodinámica y pausas de apnea.

En los antecedentes destaca cesárea por sufrimiento fetal y presentación podálica. Ruptura membranas treinta y seis horas antes del parto, líquido amniótico claro. Fiebre intra parto”.

b) El del Servicio de Pediatría, del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, relativo al ingreso del pequeño con tres años y siete meses por crisis convulsivas, según el cual, el hijo de los reclamantes ha tenido los siguientes antecedentes médicos:

“Encefalopatía crónica en R.N. pretérmino de treinta y tres semanas, con sepsis y meningitis neonatal por estreptococo grupo B, atrofia cerebral córtico subcortical generalizada. Síndrome convulsivo secundario neonatal. Desde el periodo neonatal las crisis convulsivas no se repiten por lo que en febrero del año 1994 se decide retirar tratamiento antimicrobial, pero en julio de 1994 ingresa por crisis convulsiva parcial, con generalización secundaria, por lo que se decide reiniciar tratamiento con luminal”.

A continuación se hace el siguiente juicio clínico:

“Encefalopatía crónica secundaria a patología del periodo neonatal, síndrome convulsivo secundario”.

c) El emitido por el Servicio de Pediatría de dicho Hospital, Sección de Neurología Infantil, en el que se recoge la siguiente evolución del pequeño, cuando contaba con nueve años de edad, a 27 de marzo de 2001:

“Los antecedentes constan en informes previos, el último de los cuales se emitió tras su ingreso hospitalario en junio de 1.995 por crisis convulsiva. Ha acudido a revisiones periódicas. El tratamiento con Fenobarbital se le mantuvo hasta los seis años.

No ha vuelto a tener crisis desde los tres años y medio. No ha tenido enfermedades de importancia. Buen descanso. Come triturados y no mastica, pero no sufre episodios de atragantamiento.

Motrizmente tiene sedestación, sí tiene rodillas flexionadas con poco apoyo y puede mantener bipedestación con ayuda, con flexo de caderas y rodillas, por poco tiempo. Manipulación mejor con mano izquierda. Tiene muchas estereotipias motoras.

Lenguaje comprensivo bueno, lenguaje verbal mal pronunciado, pero inteligible, de frases simples y gestos inteligibles.

Buena adaptación a Colegio de Educación Especial”.

Concluye este informe con el siguiente juicio diagnóstico:

“Encefalopatía crónica secundaria a patología del periodo neonatal. Síndrome convulsivo secundario”, con indicación expresa de que persiste el juicio diagnóstico del informe anterior.

d) El de alta -el paciente causa alta en la sección de Neurología Infantil debido a la edad-, de fecha 24 de octubre de 2003, donde consta que:

“Niño conocido en nuestra Sección desde el periodo neonatal por antecedentes de prematuridad y sepsis meningitis por estreptococo en dicho periodo. Los antecedentes constan en los informes previos, el último de los cuales se emitió por esta Sección en el mes de marzo de 2.001.

Había estado libre de crisis convulsivas desde los 3,5 y desde los 6 años había dejado de tomar medicación (Fenobarbital). En la revisión efectuada en abril de 2.002, 10 años, nos refieren que en marzo de 2.002, de madrugada, después de un estrés emocional, encontraron al niño con la mirada perdida y sacudidas en los miembros, no conocen la duración del episodio. Fue asistido en Urgencias y se le solicitó electroencefalograma que no mostraba anomalías imitativas o paroxísticas. Se consideró en ese momento no comenzar medicación antiepiléptica de nuevo y se citó en consulta.

El 2 de octubre de 2.002, por la mañana al despertar, le encontraron en la cama con la mirada perdida y movimientos tónico-clónicos generalizados que duraron unos 5 minutos. Dado que ya había cumplido 11 años, fue atendido en el Servicio de Urgencias de Adultos de este Hospital y se le inició tratamiento con Tegretol que tomaba en ese momento a dosis de 1/2 por la mañana, 1/2 al medio día y 1 por la noche. Hasta el momento en que nosotros le vimos por última vez en la consulta, 16-10-02, no había vuelto a tener crisis.

JUICIO DIAGNÓSTICO: *Persiste el del informe anterior.”*

SÉPTIMO.- El H.G.U. Virgen de la Arrixaca remite informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, Dr. L. A., del siguiente tenor literal:

“Con relación a su escrito por la asistencia prestada a D. J. P. L. en agosto de 1991 cuando dio a luz mediante cesárea, le informo con los datos que constan en la Historia Clínica.

La paciente tenía veinticuatro años, era segundigesta con un parto anterior ventosa.

Gestación actual 12 de enero de 1991, fecha probable de parto 19 de octubre de 1991, gestación de treinta y tres, más tres semanas.

Consulta el 31 de agosto de 1991 a las nueve horas y treinta minutos, por mojar líquido claro desde la una hora del 31 de agosto de 1991. Es una gestación controlada hasta el ingreso de evolución normal.

Exploración, cerviz blando posterior permeable a un dedo. No se observa salida de líquido amniótico. TA 36°.

Juicio Clínico: descartar rotura prematura de membranas.

Pauta: Monitor, ecografía, control de compresas y si moja avisar a médico de guardia. No se practica ecografía al ingreso porque no hay ecógrafo en admisión. A la mañana siguiente se practica ecografía que informa de presentación podálica DBP 8,2, LF 6,3, Placenta cara anterior tipo II. La suficiente.

La paciente sigue apirética pero expulsa líquido, según las hojas del curso clínico, es vista y controlada en la planta de gestantes. El 31 de agosto de 1991, se practica monitor y el 1 de septiembre de 1991 se practica monitor y ecografía. Control de temperatura normal hasta las veintitrés horas y cuarenta minutos del día 1 de septiembre de 1991 en la que se objetiva una temperatura de 37,9, se indica 5 millones de Unicilina y cesárea.

Se practica cesárea a la una y cuarto horas del 2 de septiembre de 1991, nace un feto varón de 2.500 gramos Apgar 7-9 que pasa a Neonatología. Postoperatorio apirético normal.

La paciente estuvo en planta de gestantes desde las 09,30 horas del 31 de agosto de 1991 hasta las 23,40 horas del día 1 de septiembre de 1991, en que se indicó la cesárea. Durante este tiempo se le practicaron varios monitores y dos controles de frecuencia cardíaca por la matrona.

Adjunto protocolo de la S.E.G.O. sobre rotura prematura de membranas actualizada al 2003 para gestantes menores de 34 semanas, que excepto la determinación de proteína C reactiva y cultivo vagino-rectal para la identificación del estreptococo del grupo beta, que en 1991 no era posible, se adapta perfectamente a la conducta y tratamiento de la rotura prematura de membranas de esta paciente”.

OCTAVO.- Con fecha 28 de marzo de 2005, los reclamantes presentan, por medio de abogado, alegaciones e informe de consulta externa de Neurología, emitido por el Dr. R V. G. (Facultativo Especialista de Neurología del Hospital Morales Meseguer), de fecha 25 de febrero de 2005, en el que en referencia al menor indica:

“Segundo hijo de padres sanos no consanguíneos, nacido pretérmino en la semana 33 de gestación, tras rotura prematura de membranas y con sepsis y meningitis neonatal por estreptococo de grupo B, con secuelas de encefalopatía grave y tetraparesia espástica (...) En el año 2004 precisó ingreso hospitalario por cuadro de infección respiratoria con broncoespasmo. En octubre de 2004 se realizó tenomía de aductores a nivel de cadera por coxa valga bilateral (...) En la actualidad continúa con crisis convulsivas de frecuencia variable a pesar del tratamiento prescrito. Presenta retraso psicomotor y del lenguaje graves, ha iniciado algún monosílabo, y presenta una tetraparesia espástica de predominio en miembros inferiores con signos piramidales crónicos que le mantiene en situación de silla de ruedas. Así mismo tiene disfagia parcial con episodios de aspiración y con infecciones respiratorias de repetición y cuadros de agitación psicomotora que han obligado a añadir ocasionalmente otros tratamientos de forma ocasional”.

En el juicio clínico se señala:

- “1. Encefalopatía crónica postisquémica-infecciosa.*
- 2. Epilepsia sintomática.*
- 3. Tetraparesia espástica.*

4. Coxa valga bilateral.

Puede presentar en el futuro nuevas crisis convulsivas así como complicaciones derivadas de las mismas, traumatismos, brocoaspiraciones, etc., así como otras complicaciones infecciosas derivadas de su disfagia, y traumatológicas secundarias a la inmovilidad y la espasticidad severas”.

Según los reclamantes, del informe transcrito se desprende:

a) Que la causa del daño que sufrió el niño se debió al retraso en la asistencia de la paciente, que no fue atendida durante 48 horas ni se le provocó el parto, y ello a pesar de presentar rotura de membranas y síntomas de encontrarse de parto. Según los reclamantes el protocolo adecuado tras la rotura prematura de membranas debía ser “*provocar el parto para evitar cualquier riesgo de infección*” y, si se optaba por continuar la gestación, debía tratarse a la madre con fármacos para evitar la infección, lo que no se hizo. De todo ello deducen que existió un “*gravísimo e incalificable olvido*” por el personal médico, quienes dejaron a su suerte a la paciente, sin prestarle la atención debida, “*y como consecuencia de ello, sufrió una grave infección que afectó de forma irreparable al feto*”.

b) Que al día de hoy no se han podido determinar las secuelas sufridas por R. S. M., lo que supone que aún no haya comenzado el cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar, pues dada la naturaleza de las lesiones, de índole neurológico, y la edad de la víctima, aún no ha sido determinado el alcance definitivo de las secuelas.

NOVENO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, sobre los hechos recogidos en la reclamación y sobre el escrito de alegaciones aportado por los reclamantes, concluye que la asistencia prestada a la madre fue en todo momento adecuada y ajustada a protocolos y que, a pesar de la atención que se prestó al recién nacido desde su nacimiento, surgieron complicaciones infecciosas que han dado lugar a unas secuelas neurológicas establecidas y que pueden dar lugar a complicaciones, pero no a un progreso del deterioro neurológico. En consecuencia, propone la desestimación de la reclamación.

DÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia, se comunica a los reclamantes la improcedencia de la prueba pericial por ellos solicitada, consistente en la evaluación médica del niño.

En las alegaciones presentadas, los interesados manifiestan su disconformidad con el informe de la Inspección Médica, a la vez que se ratifican en su reclamación.

Consideran que, frente a la apariencia de normalidad que pretende instaurar el referido informe, los hechos hablan por sí mismos (*res ipsa loquitur*), al ser el resultado de la asistencia médica claramente distinto del normal y previsible, derivándose un grave daño al paciente. Al efecto, insisten en el abandono de la paciente desde su ingreso hasta el 1 de septiembre por la tarde, cuando “*ante la infección provocada por la rotura de la membrana y consiguiente exposición durante dos días a toda clase de infecciones, mi mandante sufre un elevado cuadro febril, los profesionales sanitarios se percatan de que la paciente ha de ser intervenida de inmediato, y aun así no se practica la cesárea hasta la madrugada del 1 al 2 de septiembre*”. En síntesis, consideran que la paciente fue abandonada, pues no se siguió protocolo alguno de actuación, al no constar en las observaciones de enfermería ni en las órdenes de tratamiento indicación alguna, salvo la de reposo en cama. De haberse seguido el protocolo establecido para la rotura prematura de membranas, como la que presentó la paciente al ingreso en el Hospital, y de optar los médicos por la prolongación de

la gestación, debían haber establecido el necesario tratamiento farmacológico profiláctico, frente a una previsible infección que finalmente se produjo y generó los graves daños neuronales que presenta el menor.

UNDÉCIMO.- Por el órgano instructor se solicitó informe complementario al Facultativo Especialista en Neurología que asiste al hijo de los reclamantes (Dr. V. G.), sobre el carácter de las lesiones que sufre el niño, a efectos de la determinación de las secuelas que padece.

Por el citado facultativo se contestaron las preguntas formuladas por el órgano instructor, en los siguientes términos:

“En relación con el escrito remitido por la Instructora de fecha 20 de Enero de 2.006, se exponen las siguientes consideraciones:

1.- A la pregunta ¿Considera que la encefalopatía secundaria a meningitis y la atrofia cerebral por infartos isquémicos son lesiones establecidas desde su producción o patologías en progresión? la respuesta es que la encefalopatía se considera como una lesión establecida desde su producción.

2.- A la pregunta ¿Está de acuerdo en que como consecuencia de estos diagnósticos existen unas secuelas: retraso psicomotor y del lenguaje, tetraparesia espástica, crisis convulsiva y disfagia parcial? la respuesta es sí.

3.- A la pregunta ¿Es posible que a los diez o quince años existan secuelas aún sin determinar? la respuesta es que sí es posible que existan secuelas aún sin determinar.

4.- A la pregunta ¿Cómo definiría la existencia de crisis epilépticas, caídas y traumatismos o de aspiraciones e infecciones respiratorias de repetición? la respuesta es que son procesos intercurrentes que pueden aparecer como consecuencia de la situación neurológica actual (encefalopatía crónica)”.

DUODÉCIMO.- Trasladado el referido informe a la Inspección Médica, ésta emite informe según el cual:

“Una encefalopatía crónica es una lesión establecida desde su producción, independientemente de su causa, meningitis, anoxia, etc..., y es una lesión que no progresa.

Consecuencia de la encefalopatía aparecen unas manifestaciones clínicas que denominamos secuelas, y que por tanto están establecidas desde su producción, cabiendo la posibilidad en el tiempo que alguna aún no se haya manifestado, lo cual no significa que no esté establecida.

Los procesos intercurrentes no son nuevas secuelas, sino patologías coincidentes en el tiempo y que ocurren facilitadas por el padecimiento de otra enfermedad”.

DECIMOTERCERO.- Al incorporarse nuevos documentos al expediente, se otorgó nuevo trámite de audiencia, presentando los reclamantes escrito de alegaciones, en el que reiteran que las secuelas que presenta el niño derivadas de su patología todavía no han sido plenamente determinadas a fecha de hoy, por lo que no se habría producido aún el hecho que determina el inicio del plazo de prescripción, considerando, con cita de jurisprudencia al efecto, que la determinación de las secuelas supone su concreción de manera definitiva o la certera estabilización de las mismas.

A tal efecto, aportan diversos informes médicos que indican la existencia de nuevas dolencias en el paciente, ligadas a su situación neurológica, tales como coxa valga bilateral (aparecida en el año 2004), cifoescoliosis y estreñimiento pertinaz (2006).

DECIMOCUARTO.- Con fecha 25 de mayo de 2006, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que, al momento de presentar su solicitud el 15 de julio de 2004, el derecho de los interesados a reclamar había prescrito, pues fija como fecha de estabilización de las secuelas, la de 19 de octubre de 1999, cuando se dicta la resolución de reconocimiento de la condición de minusválido del menor.

A pesar de ello, la propuesta de resolución entra en el análisis del fondo del asunto, concluyendo que no existe antijuridicidad en el daño, desde el momento en que la actuación sanitaria se ajustó a la *lex artis*, pues se siguió el protocolo establecido al efecto.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de consulta, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de junio de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

Habiéndose presentado la reclamación el 16 de julio de 2004, el procedimiento para su tramitación está regido por las disposiciones contenidas en los artículos 142 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y en el RRP, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley y en la Disposición Transitoria única del Real Decreto.

La legitimación activa corresponde al menor en tanto que paciente que sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida, y a los otros dos reclamantes dada su condición de padres del paciente, según se infiere de las actuaciones seguidas –aun cuando no se acredite documentalmente–, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, sin que tampoco hayan sido requeridos por la Consejería consultante para acreditar dicha condición.

En cuanto a la legitimación pasiva y al procedimiento para la tramitación de la reclamación, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en su Dictamen 65/02.

TERCERA.- Prescripción del derecho a reclamar.

El artículo 142.5 LPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Ahora bien, como la atención sanitaria de la que deriva la reclamación se produce en 1991, antes por tanto de la entrada en vigor de la LPAC, la cuestión de fondo debe analizarse a la luz de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) y de los preceptos concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, si bien es preciso anticipar que dicha normativa conduce a la misma solución que derivaría de la aplicación de lo establecido en la citada Ley 30/1992.

El artículo 40 LRJAE exigía que la reclamación se ejercitase dentro del plazo de “caducidad” de un año, a contar desde la producción del hecho o acto dañoso. No obstante, es importante precisar que la interpretación jurisprudencial superó el tenor literal de dicha norma, concluyendo que el legislador aludía en realidad a un supuesto de prescripción y no de caducidad (SSTS de 20 de enero de 1988 y de 30 de marzo de 1988, entre otras).

En este orden de ideas, y por lo que respecta al día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción, hay que recordar que, incluso antes de la aprobación de la LPAC, el Tribunal Supremo sentó el criterio de que, tratándose de daños de naturaleza física o psíquica, el *dies a quo* del cómputo del plazo había de posponerse hasta que se alcanzase la curación o quedase determinado el alcance de las secuelas; interpretación exigida por el sentido y finalidad de la norma, pues hasta ese momento no se produce la estabilización de los efectos lesivos ni, en consecuencia, se tiene conocimiento del quebranto padecido por la víctima (SSTS de 8 de julio de 1983, 9 de abril de 1985, 1 de junio de 1988, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 28 de abril de 1997, y 31 de mayo de 1999, entre otras). Ese criterio jurisprudencial debió inspirar, con toda seguridad, el inciso final del artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

La necesaria estabilización de las lesiones y secuelas para poder comenzar a computar el plazo prescriptivo ha sido también puesta de manifiesto por la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo, en especial las de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo. Así, en sentencia de esta última de 25 de junio de 2002, se indica que “*como venimos proclamando hasta la saciedad..., el dies a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos, aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad (Sentencia de 23 de julio de 1997)*”.

Para la Sala Primera del Alto Tribunal, “*a los efectos de consecuencias derivadas de lesiones, para la fijación del dies a quo del plazo de un año a los fines de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, según el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, pues entonces ha de situarse el cómputo inicial del plazo en el momento en que se tenga conocimiento del último estadio del total resultado, pues las series progresivas o que así se creen no pueden fraccionarse y al paciente ha de comunicársele el diagnóstico irreversible y definitivo del daño causado, sin*

pretender que lo deduzca como tal cuando conserva esperanzas de mejorar” (sentencia número 127/1998, de 19 de febrero).

Se trata, en definitiva, de ubicar en el tiempo el momento en que los interesados ya conocen el alcance de los daños que les han sido irrogados y pueden reclamar por ellos, de acuerdo con el principio de la *actio nata*, en virtud del cual se ha de estar al momento en que es posible ejercitar la acción por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance definitivo de los perjuicios producidos, es decir el daño y la comprobación de su ilegitimidad (así, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990, 21 de enero de 1991, 26 de mayo de 1999).

Esta línea doctrinal ha de ser completada o matizada atendida la naturaleza crónica del mal que aqueja al menor. Cabe recordar que es doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 179/2006) que la cronicidad de la patología la convierte en un daño continuado, respecto del cual es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, como se ha dicho, que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto. También el Consejo Jurídico se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial, sin perjuicio de señalar que ello no significa prolongar *sine die* la posibilidad de ejercicio de la acción, lo que *de facto* conduciría a su imprescriptibilidad, ni tampoco que el paciente tenga que pasar por todos los estadios o fases de la enfermedad antes de poder reclamar. Como ya indicábamos en el Dictamen 115/2004, recogiendo la doctrina sentada al respecto por el Consejo Consultivo andaluz en Dictamen 305/2002, *“si existe un diagnóstico que de manera clara e inequívoca suministre al interesado el cabal conocimiento de su enfermedad y de las secuelas o consecuencias que vayan a generarse, de tal modo que pueda hacerse una representación del alcance del daño padecido, no se justifica que el ejercicio de la acción pueda prolongarse en el tiempo sine die, a espaldas de toda cobertura legal”*.

A la luz de la doctrina expuesta, es preciso fijar el *dies a quo* del cómputo del plazo anual que, para la prescripción del derecho a reclamar, establecía el artículo 40 LRJAE y el hoy vigente artículo 142.5 LPAC. A tal efecto, el dato esencial será el momento en que cabe entender estabilizadas las secuelas derivadas de la defectuosa asistencia sanitaria. Para los reclamantes, este momento aún no habría llegado, pues la naturaleza evolutiva de las lesiones que padece el menor impide considerarlas determinadas o definitivas. La propuesta de resolución, por el contrario, fija el momento de estabilización lesional en la fecha de la primera resolución administrativa de reconocimiento de la condición de minusválido, es decir, el 19 de octubre de 1999, por lo que la presentación de la reclamación el 16 de julio de 2004, la convertiría en extemporánea.

Los informes en que se apoyan una y otra tesis permiten alcanzar las siguientes conclusiones:

a) El daño neurológico sufrido (encefalopatía secundaria a meningitis y la atrofia cerebral por infartos isquémicos) es una lesión establecida desde su producción en el año 1991.

b) Como consecuencia de esta patología de base existen unas secuelas: retraso psicomotor y del lenguaje, tetraparesia espástica, crisis convulsivas y disfagia parcial, que son manifestaciones clínicas de las lesiones neurológicas.

c) La existencia de caídas y traumatismos que ocurren como consecuencia de las crisis epilépticas o del retraso psicomotor que padece el niño o de aspiraciones e infecciones respiratorias son procesos intercurrentes, es decir, patologías que coinciden en el tiempo y que ocurren facilitadas por el padecimiento de la enfermedad de base.

d) El menor puede presentar en el futuro nuevas complicaciones derivadas de la patología de base (nuevas crisis convulsivas, traumatismos, broncoaspiraciones), complicaciones infecciosas derivadas de su disfgaia, y traumatológicas secundarias a la inmovilidad y la espasticidad severas.

e) En mayo de 2006, el menor presenta cifoescoliosis y estreñimiento pertinaz. Estas patologías no son objeto de valoración por la Inspección Médica en sus informes, pues éstos son anteriores a la constancia de aquéllas en el expediente.

f) La primera declaración como minusválido es provisional, otorgándosele un plazo de validez de 10 años (de 1999 a 2009). En la revisión efectuada cuatro años más tarde (5 de marzo de 2003), el grado de discapacidad global, aparte los factores sociales complementarios, ha variado del 90% al 88%.

En un supuesto similar al presente, en el que se reclamaba por los daños sufridos por una niña durante el parto (acaecido en el mismo Hospital donde nació el ahora reclamante), concretados en una severa encefalopatía connatal, con síndrome convulsivo secundario y tetraparesia espástica, que determinó el reconocimiento a la menor de una minusvalía del 90%, el Tribunal Supremo consideró que tales padecimientos tenían carácter crónico, lo que determina la calificación del daño como continuado, sobre la base de considerar que las lesiones neurológicas de la niña tenían naturaleza evolutiva, pues su estado de salud se ha ido agravando progresivamente en el tiempo. Se apoya el fallo, asimismo, en el carácter provisional del reconocimiento de minusvalía, al que se le da un plazo de validez determinado. Pues bien, declara el Alto Tribunal que en tales circunstancias no cabe entender determinado el alcance de las secuelas, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima (STS, 3ª, de 28 de junio de 2006).

A la luz de todo lo expuesto, puede concluirse que no existe suficiente certeza de que en la fecha de la resolución de reconocimiento de la condición de minusválido las secuelas estuvieran plenamente determinadas, toda vez que el menor no sólo no ha recibido el alta médica definitiva, sino que, incluso, ha presentado nuevas patologías, tales como la coxa valga bilateral que obligó a intervenirlo en el año 2004, la cifoescoliosis o el estreñimiento pertinaz, que, si bien no ha quedado plenamente establecido en el expediente que sean consecuencia de la enfermedad de base, lo cierto es que han ido agravando el estado de salud del paciente. Por tanto, si bien la enfermedad de base del menor está plenamente establecida desde sus primeros años de vida, no estaría en ese “último estadio del total resultado” que exige la jurisprudencia para considerar plenamente determinadas las secuelas y, en consecuencia, fijar el “*dies a quo*” del plazo prescriptivo al que se refiere el tantas veces citado precepto de la LPAC (SSTS, Sala 3ª, de 3 de mayo y 31 de octubre de 2000 y de 25 de junio de 2002, entre otras).

El argumento, además, debe completarse recordando la doctrina jurisprudencial que propugna una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, en tanto que limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica. Al tratarse de una institución no fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo excluyendo una interpretación rigorista, debiendo interpretarse, por el contrario, a favor del

administrado y en contra de la Administración en la medida en que exista un principio que así lo imponga, al no ser posible verificar esta interpretación sin justificación alguna (STS, Sala 3ª, de 6 de noviembre de 1995).

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

Por todo ello, y a la luz del principio “*pro actione*” que ha de guiar la resolución de supuestos que planteen dudas razonables sobre la extinción de la acción resarcitoria (Dictamen 94/2006 de este Consejo Jurídico), se disiente de la propuesta de resolución en la medida en que considera prescrito el derecho a reclamar de los interesados, considerando acertada, no obstante, la decisión del órgano instructor de entrar a examinar la cuestión de fondo planteada y la concurrencia de los restantes requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 CE: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS,

Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículos 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y, desde el 16 de mayo de 2003, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Para los reclamantes, el daño (las graves e irreversibles lesiones que padece el menor) sería imputable a la mala praxis médica de los facultativos que atendieron a la madre en las horas previas al alumbramiento, desde su ingreso hasta la cesárea que puso término a la gestación. Consideran que la paciente fue abandonada, pues no se siguió protocolo alguno de actuación, al no constar en las observaciones de enfermería ni en las órdenes de tratamiento indicación alguna, salvo la de reposo en cama. De haberse seguido el protocolo establecido para la rotura prematura de membranas, como la que presentó la paciente al ingreso en el Hospital, y de optar los médicos por la prolongación de la gestación, debían haber establecido el necesario tratamiento farmacológico profiláctico, frente a una previsible infección que finalmente se produjo y generó los graves daños neuronales que presenta el menor.

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados por un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios que no prestaron una asistencia preparto correcta, cuestión que aparece íntimamente ligada a la *lex artis*. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*”.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...)* (ello)

supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.

Es decir, la imputación del daño al servicio público se objetiva así como omisión de medios, pues consideran los interesados que de haber procedido a atender los factores de riesgo existentes (rotura prematura de membranas con el consiguiente riesgo de infección), no se habría abandonado a la paciente durante horas, sino que se habría instaurado un tratamiento farmacológico profiláctico que habría evitado la posterior sepsis por estreptococo y las complicaciones derivadas de ella, que provocaron al niño la grave patología neurológica que actualmente padece. La determinación de si tales afirmaciones se produjeron o no y, singularmente, discernir si la aplicación del tratamiento demandado era exigible en el momento en que se produjo el parto y si su instauración hubiera evitado la sepsis por estreptococo, se convierten en cuestiones esenciales, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Para alcanzar dicha conclusión es necesario un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales médicos, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de la efectividad de las dolencias del menor, pues si bien ello permite considerar acreditado el daño, no prueba que éste derive de la asistencia prestada.

Y es que, ante la pasividad probatoria de los reclamantes, la única valoración técnica de la asistencia prestada por los facultativos viene constituida por el primer informe de la Inspección Sanitaria (folios 355 a 368). En este informe, cuyo valor probatorio en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria ha sido reiteradamente reconocido tanto por la doctrina jurisprudencial como por la de los órganos consultivos, atendidas las características de imparcialidad y especialidad técnica que reúnen los inspectores, se describe y valora la asistencia de que fue objeto el paciente. Según el análisis que la Inspectora Médica hace de la historia clínica y de los informes médicos obrantes en el expediente, la madre del menor acude al Hospital el 31 de agosto de 1991, en su 33ª semana de gestación por sentir pérdidas de líquido amniótico, siendo ingresada inmediatamente para descartar una rotura prematura de membranas, tras efectuarle anamnesis, exploración y monitor. Durante su ingreso se le realizan controles periódicos de temperatura y de compresas, controles de frecuencia cardíaca fetal y varios monitores. En la mañana siguiente al día de su ingreso se efectúa una ecografía que informa de presentación podálica dorso izquierda y líquido amniótico en cantidad suficiente. La pauta de tratamiento

hasta aquí descrita consta en la hoja de evolución y en la de órdenes para el tratamiento, que obran a los folios 107 y 109 del expediente, lo que permite descartar que existiera el alegado abandono de la paciente. Ésta permanece apirética y con poca expulsión de líquido amniótico hasta la tarde del 1 de septiembre, en que la expulsión se hace abundante, permaneciendo sin fiebre. Sólo tras el monitor que se realiza ese mismo día a las 22,30 horas, se objetiva un aumento de la temperatura (37,9 grados), indicándose tratamiento antibiótico y la finalización de la gestación por cesárea.

Considera la Inspección Médica que, conforme a los protocolos asistenciales de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (S.E.G.O.) que se incorporan al expediente (folios 333 a 341), la actitud terapéutica en las gestaciones de 26 a 34 semanas debe procurar prolongar en la medida de lo posible la duración de la gestación, controlando la dinámica uterina (monitores), el bienestar fetal (controles de frecuencia cardíaca) y la ausencia de infección (temperatura y pulso), por lo que concluye su informe afirmando que la asistencia prestada a la madre fue en todo momento adecuada y ajustada a protocolos.

Esta conclusión alcanza, asimismo, el informe de un facultativo del Servicio de Obstetricia y Ginecología del H.G.U. Virgen de la Arrixaca (folios 331 y 332 del expediente), que analiza la asistencia prestada a la reclamante a la luz del protocolo de la S.E.G.O. (actualizado a 2003) sobre rotura prematura de membranas en gestaciones menores de 34 semanas. Las únicas actuaciones previstas en el referido documento que no se realizan a la paciente son la determinación de proteína C reactiva y cultivo vagino-rectal para la identificación del estreptococo del grupo Beta, que en 1991 no era posible realizarlo. Concluye el informe que la conducta y tratamiento de la rotura prematura de membranas de la paciente se adapta perfectamente el referido protocolo.

Frente al juicio técnico contenido en los aludidos informes las manifestaciones vertidas por los reclamantes carecen de eficacia enervante, ya que no dejan de ser meras afirmaciones de parte realizadas por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico, ni siquiera a la luz de un documento como el protocolo de actuación que obra en el expediente y en el que, según las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia por los reclamantes, se indica que procede instaurar tratamiento farmacológico para prevenir cualquier infección. Y es que la valoración de un documento como el aludido no deja de ser una actuación técnica que ha de ser realizada por quienes cuentan con la capacitación adecuada para hacerlo. En cualquier caso, en el protocolo, al folio 336 *in fine*, puede leerse lo que sigue: “*actualmente se dispone de suficiente evidencia como para recomendar la profilaxis antibiótica en el tratamiento expectante de la RPM (rotura prematura de membranas). Sin embargo, no se conoce cuál es el fármaco o combinación de los mismos, así como la pauta que ofrece mejores resultados*”. Desde una visión profana y ajena a la ciencia médica, no pueden dejar de advertirse dos extremos: a) el protocolo corresponde al año 2003, por lo que la expresión “actualmente”, cuando menos genera dudas acerca de si en la fecha de los hechos por los que se reclama, es decir, doce años antes, existía esa evidencia a que se alude en el documento; y b) el protocolo se limita a recomendar la aplicación del tratamiento, pero no lo establece de forma imperativa y necesaria, como sí hace con otras actuaciones previstas en el mismo (véase, sin ir más lejos, en la misma página, el apartado dedicado a los controles periódicos). En cualquier caso, la interpretación que del protocolo efectúan los reclamantes no puede prevalecer sobre la llevada a cabo por profesionales de la Medicina, quienes han valorado la asistencia prestada a la reclamante como plenamente adecuada a las pautas de actuación prescritas en el meritado documento.

En consecuencia, no cabe considerar acreditado, que con arreglo a las reglas de la ciencia médica, el tratamiento farmacológico fuera exigible con anticipación al momento en que efectivamente se le administró (tras presentar la paciente una elevación de la temperatura corporal), ni tampoco que, de haber pautado una profilaxis antibiótica, se habría evitado la infección.

Procede concluir que, correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de una omisión del tratamiento exigido por la ciencia médica, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre las dolencias del menor y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni el carácter antijurídico de dicho daño, procediendo en consecuencia confirmar la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

SEXTA.- La doctrina del daño desproporcionado.

La expresa invocación por los reclamantes de la doctrina del daño desproporcionado exige efectuar una consideración al respecto.

Los perfiles de esta doctrina de origen jurisprudencial y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido dibujados por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, según la cual *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”* (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de un riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada, cuando los daños derivan de una complicación típica (SAN de 5 de abril de 2006) o tienen carácter desproporcionado por referencia a una intervención de riesgo mínimo.

El Consejo de Estado, por su parte (Dictamen 1743/1999), excluye la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño que cabe calificar de anormal dentro de lo que es esperable en el desarrollo del alumbramiento de un niño, no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que los reclamantes no han acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita. Así, no se prueba que los riesgos (infección secundaria a la rotura prematura de membranas) que se materializaron en la generación del daño tuvieran la consideración de atípicos; antes al contrario, el protocolo de la S.E.G.O. contiene diversas referencias a la infección como riesgo típico de los alumbramientos en los que se produce la antedicha circunstancia. Del mismo modo, de acuerdo con las máximas de la experiencia, no puede considerarse que un parto sea una intervención de riesgo mínimo, pues son múltiples las complicaciones que pueden surgir en los períodos pre y perinatal, susceptibles de generar lesiones neuronales en el neonato.

En consecuencia, no cabe aplicar al supuesto sometido a consulta la doctrina del daño desproporcionado al no reunir todos los requisitos que, para su apreciación, viene exigiendo la jurisprudencia.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución en el concreto extremo referente a la prescripción del derecho a reclamar de los interesados, según lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que no considera acreditado el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños sufridos por el paciente, ni el carácter antijurídico de éstos.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 42/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a L. N. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. I. T. N., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 04/04/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 20.

DICTAMEN 43/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. B., en nombre y representación de su hija menor de edad L. L. C., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 04/04/07

Extracto de Doctrina

La objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos suceden como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, de tal modo que la producción de un accidente dentro del centro escolar no es suficiente para

atribuir sus consecuencias a la Administración educativa, porque, de admitir lo contrario, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. J. L. B. presenta, en impreso normalizado, solicitud de reclamación de daños y perjuicios por el accidente escolar sufrido el 17 de noviembre de 2006 por su hija L. L. C., en el Colegio Público Campoazahar en Matanzas (Santomera). Sobre la forma de ocurrir aquél dice que le cuenta su hija: *“Salí del aseo muy despistada y una compañera y yo nos choquemos (sic) y no de mí cuenta de un extintor y me topé...”*. Acompaña factura de una clínica dental, por importe de 150 euros, y fotocopia del libro de familia, sin compulsar, por lo que el reclamante es requerido para que subsane dicho defecto formal, siendo cumplimentado el 3 de enero de 2007 (registro de entrada en el Servicio Jurídico de la Consejería consultante).

SEGUNDO.- Consta en el expediente la comunicación de accidente escolar por parte del colegio público en la que se recoge la siguiente descripción de lo ocurrido: *“con fecha 17 de noviembre de 2006 a las 12:05, estando presente M. J. A. M., L. salía del aseo y M. J. entraba al mismo. L. hace un gesto brusco para apartarse y se accidenta contra el extintor colocado al terminar el pasillo”*.

TERCERO.- Con fecha 5 de enero de 2007 el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución al interesado el 18 de enero siguiente.

CUARTO.- Solicitado informe a la Directora del colegio público es evacuado el 24 de enero de 2007, con el siguiente contenido:

“DESCRIPCIÓN DEL ACCIDENTE.

FECHA: 17-11-2006. HORA: 12:05. LUGAR: pasillo de entrada al aseo de niñas. ACTIVIDAD: entrada del tiempo de recreo. PERSONAS PRESENTES: M. J. A. M., compañeros que entraban a clase y el profesor.

DAÑOS SUFRIDOS: Las dos paletas (dientes) rotas.

RELATO DE LOS HECHOS: Como en el escrito presentado el 22-11-2006: L. la alumna accidentada salía del aseo para encaminarse a su aula, su compañera M. J. entraba, al mismo tiempo al aseo. L. para no tropezar con su compañera hace un movimiento brusco y se golpea con el extintor que se encuentra a una altura de 1,24 m., al terminar el pasillo. Éste fue instalado por el técnico de prevención de riesgos laborales, enviado por el Ayuntamiento de Santomera, por lo tanto suponemos que se encuentra instalado en el lugar y altura permitida por ley.”

QUINTO.- Con fecha 6 de febrero de 2007, se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, sin que éste haya hecho uso de este derecho.

SEXTO.- La propuesta de resolución, de 26 de febrero de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la existencia de nexo causal entre el daño sufrido por la menor y el funcionamiento del servicio público educativo.

SÉPTIMO.- Con fecha 5 de marzo de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

Ante todo hay que señalar que la solicitud ha sido formulada por persona legitimada para ello ya que, tal como resulta de la fotocopia compulsada del Libro de Familia que obra en el expediente, el reclamante es padre de la alumna lesionada y, al ser ésta menor de edad, le corresponde ejercitar su representación legal conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Colegio Público Campoazahar de Matanzas, del municipio de Santomera.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto en el RRP, sin que se aprecien carencias formales.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

1) Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuesto similares al presente, ha de destacar que la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos suceden como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, de tal modo que la producción de un accidente dentro del centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración educativa, porque, de admitir lo contrario, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Así las cosas, resulta preciso, tal como ha señalado el Consejo de Estado, entre muchos otros, en su Dictamen número 3.582/2001, analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan la responsabilidad patrimonial, legalmente establecidos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo en supuestos de tropiezos o caídas en la que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo como defectos en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores. Así, entre otros muchos, el Dictámenes 2.151 y 3.420 del año 2001. En este mismo sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 109/2004 y 53/2005 de este Consejo Jurídico.

Por otra parte, el reclamante no efectúa alegación alguna para identificar cuál es el factor que, dentro del funcionamiento del servicio público educativo, permite establecer una conexión causal entre la actividad administrativa y el daño, pues se limita a describir las circunstancias en las que éste se produce, y que evidencian el carácter fortuito del choque con el extintor, motivado por un despiste de la alumna, según reconoce expresamente en el escrito de reclamación.

Tampoco ha acreditado el reclamante que el extintor estuviera mal colocado, muy al contrario, la Administración ha justificado que se encontraba de acuerdo con los parámetros reglamentarios de altura.

En el supuesto estudiado cabe concluir que no existió negligencia alguna por parte del personal del Centro, pues el accidente ocurrió cuando la alumna salía del aseo, y chocó accidentalmente contra una compañera, sin que se diera cuenta del extintor. Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que al profesorado le

corresponde, durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia y, como afirma la instructora, nos encontramos ante una situación que por incontrolable resulta inevitable, sin que el deber de vigilancia pueda extenderse a todos y cada unos de los movimientos de cada alumno y durante todo el tiempo de permanencia en el Centro, ya que dicha extensión resultaría imposible.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita, éste se habría producido con ocasión de la prestación del servicio público educativo pero no como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

2) La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, no agota, a juicio del Consejo Jurídico, el total de cuestiones que ofrece el expediente tramitado, ya que del ordenamiento podrían derivarse otros aspectos relevantes, dignos de consideración, cuestiones éstas muy frecuentemente reiteradas en Dictámenes anteriores como consecuencia de consultas procedentes de la misma Consejería sobre asuntos sustancialmente semejantes al presente, a cuyas Consideraciones nos remitimos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la alumna y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 44/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. M. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 04/04/07

Extracto de Doctrina

A pesar de que la jurisprudencia dista de estar consolidada, a la vista de la doctrina científica y de la jurisprudencia más reciente se desprenden los siguientes criterios sobre

indemnizabilidad de la omisión de información, que, recordemos, deben ser siempre matizados en la consideración del caso concreto, en especial, en el que nos ocupa, por las razones que luego se verán:

1° La omisión o defecto del deber de información no es, “per se”, y con abstracción de cualquier otra circunstancia, generador de responsabilidad patrimonial. Ello no es sino aplicación de la consolidada jurisprudencia que sostiene que el mero funcionamiento anormal del servicio público no genera responsabilidad, siendo necesario que, en virtud de tal funcionamiento, se materialice el riesgo, causando un daño que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Si no acaba por materializarse dicho riesgo, podrá existir responsabilidad disciplinaria, pero no patrimonial.

2° Si, a pesar de existir omisión o defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento (diagnóstico, terapéutico o rehabilitador), éste: a) se aplica correctamente y b) una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el único posible o, al menos, el razonablemente más conveniente, por las claras y graves consecuencias de no aceptarlo o por otro motivo análogo), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate (secuela, fallecimiento), dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse por dicho daño.

3° Sin embargo, si existía alguna alternativa de tratamiento, incluyendo la de no aplicarse el propuesto por el médico (asumiendo en tal caso el interesado o sus allegados el riesgo que ello conllevase), la omisión o defecto en el deber de información (que, recordemos, no existe cuando la urgencia de la situación no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, ex artículo 10.6, c) LGS y hoy, 9.2, b) Ley 41/2002), sí ocasiona un daño, de carácter moral, distinto del producido por la materialización del riesgo inherente al tratamiento aplicado (del que ya se ha dicho que no es indemnizable) y que consistiría en la privación de la posibilidad de adoptar la decisión que, a la vista de la información que se le hubiera debido suministrar, el paciente podía o debía tomar.

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

Estas circunstancias constituyen los hechos o presupuestos “base” en los que apoyarse para determinar el alcance del daño moral de que aquí tratamos, y de su correspondiente resarcimiento económico, pues, como reitera la jurisprudencia, aun cuando la evaluación

del daño moral tenga un inevitable componente subjetivo, debe realizarse sobre la base de criterios o parámetros objetivos aplicados al caso de que se trate.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2003, D. D. M. G. interpone reclamación de responsabilidad patrimonial, en solicitud de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Murciano de Salud.

Según relata la reclamante, sufrió un accidente laboral el día 27 de noviembre de 2001, cuando trabajaba como auxiliar de conserva en una fábrica. Trasladada al Hospital Comarcal del Noroeste en Caravaca, tras examinarla se le diagnostica “*sección del tendón flexor segundo dedo de la mano derecha*”, tal y como se refleja en el Informe de Urgencias de dicho Hospital que la reclamante acompaña como prueba.

Según refiere en la reclamación, la interesada solicita a los facultativos del Hospital ser trasladada al Virgen de la Arrixaca o al Morales Meseguer, de Murcia, “*por entender que el centro sanitario de Caravaca carecía de los medios humanos y materiales adecuados para la reparación de las lesiones de los tendones del dedo afectado*”, y que por ello no se suscribió, ni por ella ni por su marido, allí presente, documento alguno autorizando la intervención quirúrgica, pues tal y como indica la reclamación, tampoco fueron informados de los riesgos de dicha intervención.

La operación, realizada por el Dr. A., Médico Especialista en Cirugía Ortopédica, Traumatología y Valoración del Daño Corporal, consiste en “*sutura término-terminal bajo anestesia local y sedación*”.

Tras la intervención, la paciente sigue tratamiento de rehabilitación y fisioterapia en la Clínica F. de Murcia. Al encontrar déficit en la movilidad activa del dedo, los facultativos de dicha Mutua la remiten a la Unidad de Mano de la misma, en Madrid, donde se diagnostica que no hay posibilidad de mejoría con cirugía.

El 3 de mayo de 2002 se le da el alta médica con secuelas, que se concretan en pérdida de movilidad de las falanges del dedo índice de la mano derecha, con dolor y pérdida funcional de dicho dedo.

Solicita la reclamante una indemnización de 81.473'26 euros por los daños causados, desglosándola en los siguientes conceptos:

– 3.385'94 euros por los 158 días que estuvo incapacitada para el desempeño de sus ocupaciones habituales, a razón de 21'43 euros /día.

– 6.359'76 euros como valoración de las secuelas y perjuicios estéticos que la deficiente prestación de asistencia sanitaria le han supuesto.

– 71.427'56 euros por la incapacidad permanente total que las secuelas antes mencionadas le han dejado de por vida, con pérdida de movilidad y articulación del dedo, dolor e impotencia funcional del dedo.

– 300 euros por los gastos de desplazamiento necesarios para asistir a sesiones de fisioterapia y rehabilitación.

Se adjunta a la reclamación copia de los siguientes documentos: a) poder de representación procesal a favor del letrado que interpone la reclamación en nombre de la interesada; b) informe de alta en urgencias; y c) informe médico de F.

Propone además, como prueba, que se requiera al Hospital la historia clínica de la interesada, el informe del Jefe del Servicio de Admisiones y que se cite como testigos al personal que participó en la asistencia sanitaria.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de fecha 15 de septiembre de 2003, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que notifica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Correduría de Seguros, a la Mutua F. y al Hospital Comarcal del Noroeste, donde había sido atendida la reclamante, solicitando su historia clínica y los informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- La Mutua remite escrito de fecha 10 de octubre de 2003, comunicando la imposibilidad de aportar los documentos solicitados sin el consentimiento de la reclamante.

CUARTO.- El Hospital Comarcal remite el informe solicitado, así como la historia clínica de la paciente.

En el informe del cirujano (folios 38-40) se manifiesta que:

“- Se le explicó la lesión que padecía, y que impedía la flexión del 2º dedo de forma irreversible, por lo que se le informó que la ÚNICA OPCIÓN TERAPÉUTICA EXISTENTE, era someterse a una intervención quirúrgica para la realización de sutura término-terminal de dichos cabos tendinosos (Tenorrafia).

- La paciente aceptó dicho tratamiento, explicándole que debía realizarse en el quirófano, como así sucedió, y se le practicó sutura término-terminal de dicho tendón bajo anestesia local y sedación, controlada por el médico de guardia, especialista en anestesia.

- La paciente fue dada de alta, con las siguientes recomendaciones: Augmentine 875/125 mg. C/12 h. vía oral, durante 10 días. Nolotil 1 cp/8 a 12 horas vía oral, lexatín 1,5 mg. C/24 horas durante 10 días.

- Dado que era un accidente laboral, se le recomendó acudir a su Mutua de accidentes laborales, lo antes posible, en un plazo inferior a 8-10 días.

- Desde ese momento hasta el 3 de mayo de 2002, tras 158 días de tratamiento, en que se emitió informe de alta por su mutua, no tengo conocimiento de la evolución de la paciente.”

Añade además el Dr. A.:

“- La provisión de medios efectuada para la reparación de dicha lesión es adecuada, proporcionada y se practicó de forma efectiva y oportuna en el lugar idóneo, esto es, el quirófano de traumatología.

- La provisión de resultados, que aduce el letrado, depende de otros factores completamente ajenos al hecho puntual de la asistencia urgente que practicó el abajo firmante. Tan sólo reseñar que durante 157 días existen múltiples opciones terapéuticas adicionales a las referidas por el médico de F. en su informe de alta (DOC nº 3). Solamente citar la

cirugía secundaria de la retracción tendinosa y cicatricial, que ocupa infinidad de capítulos de cirugía de mano (Manuel de Tubiana, Merle D 'Augbine).

– El letrado Sr. ... NO desconoce que el artículo 10, párrafo 6 apartado c establece como excepciones del consentimiento escrito del usuario: “cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionarle lesiones irreversibles”. Este es el criterio que prevaleció en la decisión de este especialista”.

Termina el Dr. A. su informe con las siguientes conclusiones:

“– Niego con rotundidad la veracidad de los hechos relatados en dicha reclamación, así como las opiniones terapéuticas emitidas por el letrado Sr.... Se aprecia impericia, falta de veracidad y mala fe al sesgar de forma intencionada, el artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

– Afirmo que el informe médico de alta de F. es incompleto, no se explica cuando alcanza la estabilidad lesional que estimo en 60 días. No se explican las opciones terapéuticas de la Unidad de Mano de F.. No se explican qué días son impeditivos de los que no”.

QUINTO.- Obtenida la autorización de la reclamante, se solicita a F. la historia clínica e informes de los médicos que la atendieron.

También se solicita al Hospital del Noroeste que aporte todas las pruebas efectuadas a la reclamante, previa y posteriormente a la intervención.

SEXTO.- F. remite la historia clínica, en la que se refieren como secuelas “*limitación de la movilidad activa de IFD y de IFP del 2º dedo de la mano derecha*”. Se acompaña informe de alta que explica:

“Siguió tratamiento médico y posteriormente fisioterapia encontrando déficit en la movilidad activa del dedo.

Se remitió a Unidad de Mano de F. donde no consideraron la posibilidad de mejoría con otra cirugía.

Habiendo finalizado la rehabilitación, no siendo posible mejorar más su movilidad se cursa alta para su valoración por EVI”.

SÉPTIMO.- Desde el Hospital del Noroeste se remite escrito informando que la única documentación de que consta la historia clínica es el informe de alta en urgencias que ya se remitió.

OCTAVO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 13 de abril de 2005, proponiendo la desestimación de la reclamación tras argumentar lo siguiente:

“En las consultas efectuadas a la bibliografía médica, no se describe una técnica término terminal intratendinosa de elección, puesto que las habitualmente utilizadas producen resultados similares, asimismo, las lesiones de los tendones flexores tienen un pronóstico mucho peor que los extensores, ya que, aún en las mejores condiciones de tratamiento, sus resultados funcionales pueden ser malos”.

Respecto a las alegaciones acerca de su petición de traslado a otro centro y de la ausencia de autorización escrita para ser sometida a la intervención, la Inspección recuerda el carácter verbal de la información y la necesaria constancia por escrito del rechazo al

tratamiento propuesto por parte de la paciente, concluyendo que no consta ni el documento de consentimiento informado ni el de la negativa al tratamiento.

El informe concluye proponiendo la desestimación de la reclamación.

NOVENO.- La compañía de seguros remite informe médico donde se hace constar que:

“El enfoque terapéutico variará dependiendo de la zona en la que se ha lesionado el tendón. En líneas generales se basa en la restauración de la continuidad de la estructura anatómica (bien por sutura directa de los dos extremos, bien mediante reanclaje transóseo) seguido de una movilización protegida activa o pasiva (con el objeto de disminuir las adherencias que se crean entre el tendón y la vaina por la que se desliza, durante la cicatrización). La sutura primaria debe realizarse de urgencia, pero tiene los mismos resultados cuando se practica 10 o 12 días después de la lesión. El tiempo aproximado de cicatrización de un tendón es de unas 6 semanas, no debiendo permitirse la realización de movimientos activos del tendón en dicho intervalo.

El caso que analizamos se trata de una lesión en zona 2. Son las lesiones con peor pronóstico funcional, incluso en manos muy experimentadas, ya que es la zona en la que con mayor frecuencia hacen adherencias.

El riesgo de pérdida de movilidad del dedo afecto está presente por la lesión en sí. En manos de cirujanos expertos los resultados útiles, es decir, excelentes, buenos y regulares, no sobrepasan el 75%”.

El informe concluye afirmando que la asistencia sanitaria fue acertada, pues se realiza un tratamiento adecuado mediante reparación primaria de la lesión, siendo la técnica quirúrgica utilizada la indicada para este tipo de lesiones. La rigidez que presenta en el dedo afectado es una complicación que surge a pesar de un tratamiento rehabilitador adecuado, constituyendo un riesgo típico de estas lesiones.

DÉCIMO.- Se comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia, presentándose por la reclamante escrito de alegaciones con fecha 29 de noviembre de 2005.

En sus alegaciones insiste en la omisión del documento de consentimiento informado, y cuestiona que se informara de que la única opción terapéutica existente era la decidida por el Dr. A.; también indica que no existían razones de urgencia, apoyándose para esta afirmación en el informe médico aportado por la compañía de seguros.

El reclamante solicita en sus alegaciones que se practique la prueba testifical del personal sanitario que intervino en la prestación de la asistencia sanitaria realizada a la Sra. M. G., con el fin de contrastar las afirmaciones del Dr. A..

Solicita también que se realice la prueba testifical del Dr. J. S. J., médico del Centro Asistencial de la Mutua F., con el fin de que aclare el contenido y conclusiones de su informe médico.

UNDÉCIMO.- Solicitado al Hospital Comarcal del Noroeste informe acerca de la ratificación por parte del personal sanitario que atendió a la paciente, del informe del Dr. A., el centro remite escrito firmado por este personal, en el que afirman no recordar su participación en dicha asistencia ni si existió o no información a la paciente acerca de las consecuencias de la lesión o alternativas al tratamiento.

DUODÉCIMO.- Solicitado informe del Dr. J. S. J. a la Mutua F., en contestación a las alegaciones del reclamante, la Mutua remite la historia clínica de la paciente pero indica que no puede remitir informe del Dr. S. por haber dejado éste de prestar sus servicios en dicha entidad.

DECIMOTERCERO.- Realizado un nuevo trámite de audiencia, la reclamante reitera las alegaciones efectuadas con anterioridad y propone nuevas pruebas, que la instructora considera improcedentes por haberse solicitado en momento procesal no oportuno.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 20 de diciembre de 2006, la instructora redacta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que si bien ha existido un daño, éste se debe a un riesgo típico de la lesión que sufría la reclamante, sin que se haya probado su relación causal con la intervención realizada en el Hospital Comarcal del Noroeste, y que a pesar de la inexistencia de documento de consentimiento informado, la paciente había sido informada verbalmente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

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

2. Respecto a la legitimación pasiva, cabe referirla a la Administración regional al haberse prestado la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño en un hospital de su titularidad.

3. La interesada ejerció su derecho a reclamar en el plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC, pues, cuando de daños físicos o psíquicos se trata, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción ha de buscarse en el momento de estabilización de las secuelas, que en el supuesto sometido a consulta debe identificarse con el alta médica producida el 3 de mayo de 2002, pues sólo entonces los médicos de la Mutua alcanzan la conclusión de que “*ya no se consigue mejorar nada más la movilidad en fisioterapia*” (folio 58 del expediente).

4. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para

dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP (a la fecha de este Dictamen, son ya 45 los meses invertidos en su tramitación).

Es necesario recordar, no obstante, la doctrina de este Consejo Jurídico respecto a la flexibilidad del procedimiento administrativo en la proposición y práctica de prueba y que, en lo que aquí interesa, puede sintetizarse en reconocer a los interesados la posibilidad de proponer pruebas en cualquier momento del procedimiento anterior a la propuesta de resolución (Memoria del año 2002 y Dictamen 63/2004, emitido a solicitud de la Consejería ahora consultante). En consecuencia, no puede compartirse el rechazo de la instructora a practicar la prueba propuesta por el interesado en su escrito de 11 de diciembre de 2006, al constatar que la negativa a admitir la prueba se fundamenta, exclusivamente, en haber sido propuesta en un momento procesal inoportuno.

No obstante, las consideraciones que siguen permiten entender que la prueba propuesta no cambiaría el sentido de la resolución final del procedimiento, por lo que no se considera necesario retrotraer las actuaciones para practicar aquélla.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

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

Por otro lado, en lo que se refiere a reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

A su vez la doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y

al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

I. Alegaciones de la reclamante.

Para la reclamante, la secuela que padece en el dedo índice de su mano derecha tiene su causa en las siguientes circunstancias:

a) Una inadecuada asistencia sanitaria, contraria a la *lex artis*, pues se realizó una simple sutura, insuficiente ante la naturaleza del daño, que habría exigido una reparación del tendón seccionado realizada en un centro hospitalario adecuado, que contara con especialistas en cirugía de la mano.

b) En ningún momento suscribió o firmó documento alguno autorizando la intervención quirúrgica ni fue informada de los riesgos a que se exponía con la intervención.

c) No se atendió su solicitud de traslado a otro centro que contara con los medios adecuados para una adecuada resolución de las lesiones sufridas.

La sustantividad propia de las dos últimas alegaciones, relativas a la ausencia de consentimiento informado y a su negativa al tratamiento propuesto, aconseja dejar su análisis para su posterior consideración, centrando el objeto de la reclamación, ahora, en la afirmación de mala praxis.

II. La “*lex artis*” y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho de la interesada a ser indemnizada por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento pro-

fesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

En definitiva, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante afirma que la sutura término-terminal que le fue aplicada no se ajusta a la *lex artis*, desprendiéndose de sus alegaciones que considera que debía haberse procedido a una “*reconstrucción o reparación quirúrgica del*

tendón”, la cual debería haber sido efectuada en un centro sanitario con especialistas en cirugía de la mano.

Es necesario recordar, como punto de partida, que nos encontramos ante un supuesto de atención sanitaria urgente que responde a una demanda de asistencia inmediata tras un accidente laboral. Tal y como señala la Inspección Médica, la prestación sanitaria en urgencias hospitalarias, como la que es objeto de consideración, comprende diagnóstico, primeros cuidados y tratamientos necesarios para atender la urgencia o necesidad inmediata y remisión del paciente al nivel asistencial correspondiente, según las circunstancias (Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, vigente a la fecha de la atención prestada a la paciente, aunque derogado en la actualidad por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, cuyo anexo IV establece una regulación sustancialmente similar).

A la luz del expediente, la asistencia prestada se ajustó a la necesaria y exigible en urgencias, pues se resolvió la situación causada por el accidente, en la medida en que se redujo la herida y se efectuó una reparación primaria del tendón afectado (tenorrafia), remitiendo a la paciente a la Mutua, que era lo procedente al derivar la asistencia de un accidente laboral. Así lo manifiestan los informes médicos obrantes en el expediente, tanto el del cirujano que efectuó la intervención, como los de la Inspección Médica y el de la Compañía de Seguros del Servicio Murciano de Salud. En efecto, la Inspección señala en sus conclusiones que: a) no se observan deficiencias en la atención en urgencias; b) la reparación tendinosa fue realizada por especialistas en condiciones adecuadas; y c) no se aprecia la creación de riesgos adicionales por los facultativos responsables de la atención.

Del mismo modo, el dictamen aportado por la aseguradora afirma que “*se realiza un tratamiento adecuado mediante reparación primaria de la lesión*”, siendo la técnica quirúrgica la indicada para este tipo de lesiones. Adviértase la expresa mención a la reparación *primaria*, que es la que cabe aplicar en urgencias, sin perjuicio de que una evaluación posterior del paciente pueda aconsejar una actuación distinta, posibilidad ésta que, apuntada por el traumatólogo de urgencias, fue sin embargo descartada por la Mutua, cuyo servicio especializado (Unidad de Mano) consideró inviable una nueva cirugía.

Debe precisarse en este punto que, en ningún momento, la decisión terapéutica de los médicos de la Mutua se ve condicionada por la actuación de urgencias, en el sentido de entender que ésta pudiera dificultar la resolución definitiva de la lesión tendinosa, pues ninguna referencia a tal extremo se contiene en la documentación remitida por la citada Entidad, ni se ha aportado informe médico alguno por la parte en que así se haga constar. Por el contrario, se desecha la nueva cirugía “*dado el componente fibroso y de rigidez del índice*”, circunstancias ambas que nada permite asociar con la intervención realizada en urgencias, sino más bien con la localización y características intrínsecas a la lesión sufrida, pues se produce en la denominada zona 2, que es donde con mayor frecuencia se producen adherencias durante la cicatrización entre el tendón y la vaina por la que éste se desliza (informe médico de la aseguradora, folio 87 del expediente).

En síntesis, la asistencia urgente persigue un tratamiento primario de la herida, atendiendo a la necesidad propia de la urgencia, sin que sea exigible en ese momento y nivel asistencial la resolución definitiva de la patología, sino tan sólo la estabilización del paciente (contención de la hemorragia, cierre de la herida y sutura primaria de los cabos tendinosos, en orden a evitar complicaciones ulteriores, como su involuntaria retracción) y, tras la co-

rrespondiente valoración, proceder bien al alta, bien a su remisión al nivel asistencial que proceda, bien a su hospitalización.

A la luz de tales consideraciones, la alegación de la interesada acerca de su derecho a obtener la mejor asistencia sanitaria posible y que particulariza en su demanda de ser trasladada a un centro dotado con especialistas en cirugía de la mano, se realiza en un momento del proceso asistencial anterior a aquel en que debía ser efectuada. Esta demanda corresponde a un ulterior nivel asistencial, una vez superada la urgencia y que, en el supuesto sometido a consulta, es el que se desarrolla por la Mutua, donde se plantea la posibilidad de una cirugía secundaria que finalmente se rechaza.

Por otra parte, y atendiendo ahora a la técnica quirúrgica aplicada, la reclamante parece indicar en su escrito inicial que el tendón no fue reparado en la intervención de urgencia a que fue sometida. Sin embargo, el informe del cirujano (folio 38) expresa claramente que efectuó una tenorrafia, es decir, la sutura de los cabos tendinosos seccionados, por lo que sí hubo una reconstrucción del ligamento dañado. Ésta, como ya se dijo, ha sido calificada por los facultativos informantes de adecuada y conforme con la *lex artis*, sin que las meras manifestaciones de parte, huérfanas de un sustento probatorio apropiado, puedan prevalecer frente a las apreciaciones médicas contenidas en el expediente, que permiten alcanzar una conclusión de total adecuación a normopraxis de la asistencia prestada.

QUINTA.- El consentimiento informado.

No obstante la conclusión alcanzada en la Consideración precedente, también cabe incluir dentro del concepto de *lex artis* el aspecto relacional médico-paciente, en alusión a la información que ésta debe recibir de aquél respecto al proceso de su enfermedad o, como en el supuesto planteado, de su intervención. Y en este marco es donde debe insertarse la alegación formulada por la reclamante acerca de que en ningún momento fue informada acerca de los riesgos de la intervención, ni se solicitó su consentimiento previo.

I.- Consideraciones generales.

En los fundamentos jurídicos de la reclamación, la interesada invoca el artículo 10.5 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que reconoce el derecho del paciente *“a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*; este último inciso, relativo a las alternativas de tratamiento, se explica porque, en el artículo 10.6, se reconoce el derecho del paciente *“a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso”*.

Estos deberes médicos han sido perfilados y desarrollados en dos instrumentos jurídicos posteriores a la LGS que, como reconoce la doctrina, han venido a plasmar positivamente, en lo sustancial, algunos de los criterios médicos y jurisprudenciales que venían rigiendo en la interpretación y aplicación de lo que, con parquedad, ya se contenía en los citados preceptos de la LGS. Estos instrumentos son, de un lado, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 24 de abril de 1997 (que, tras su ratificación por España, entró en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2002) y, de otro, la Ley 41/2002, de 19 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que entró en vigor el 16 de mayo de 2003 (la cual, a su vez, acogió y desarrolló lo establecido en el indicado Convenio). A pesar de que tales instrumentos normativos no son aplicables al

proceso asistencial cuestionado, que se desarrolla el 27 de noviembre de 2001, el hecho de que, como se ha dicho, acojan lo que ya venían siendo criterios interpretativos de lo dispuesto al efecto en la LGS justifica que se traigan a colación.

A) Tiempo de la información clínica al paciente.

Por lo que respecta a los momentos o fases clínicas en las que es exigible el referido deber de información médica, no puede discutirse que comienza ya en la fase diagnóstica (entendiendo por tal la que se inicia con los actos médicos tendentes a averiguar la dolencia y patología que pueda afectar al paciente), pues la LGS habla de información “*continuada*” al paciente “*sobre su proceso*”. La SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 1999 señala que “*este deber de información no se agota en un momento determinado, como pudiera ser el inicial o aquél en que se formula el diagnóstico, sino que recorre todo el iter por el que atraviesa la prestación de la actividad médica y sólo puede obviarse cuando la urgencia de la intervención del facultativo sea tal que no permita perder unos minutos en esta información previa para salvar una vida*” (o, ha de añadirse, para evitar un daño grave e irremediable para la salud del paciente, aunque no sea el fallecimiento, art. 10.6 LGS).

En esta línea, el artículo 4.2 de la Ley 41/2002 establece que “*la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales*”, considerando su artículo 3 como “*intervención en el ámbito de la sanidad*” a “*toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación*”.

B) Alcance y finalidad de la información.

Como antes hemos expuesto, de los números 5 y 6 del artículo 10 LGS se desprende que la finalidad de la información que ha de suministrarse al paciente es que éste, al ser consciente de su estado clínico, pueda tener, al menos, la posibilidad de optar, bien por un tratamiento distinto al prescrito por el facultativo, bien de elegir de entre los varios que, por ser razonablemente posibles, debe proponerle aquél (sin perjuicio, claro está, de que el facultativo deba de decantarse fundadamente por uno de ellos, y así hacérselo saber).

En este sentido, la Ley 41/2002 sigue lo dispuesto en la LGS, en cuanto establece como principio general que “*el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles*” (artículo 2.3). En la misma línea, su artículo 4.2 dispone que la información clínica “*se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad*”. Y, en fin, el artículo 8.1 establece que “*toda intervención en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso*”, siendo de resaltar que en dicho artículo 4.1, el legislador se preocupa de establecer que tal información “*comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”.

Así pues, como ya había matizado la jurisprudencia, frente a la interpretación literal del término “*completa*”, referida al alcance de la información, que realiza el artículo 10.5 LGS, una interpretación finalista del precepto lleva a sostener que la información a suministrar debe ser la “*adecuada*” a los indicados fines. Y ello, además, porque, como señala la STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2003, “*es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica; además, la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo*”.

C) Prueba de la información.

Según indicamos en nuestro dictamen 63/2004, entre otros, respecto del consentimiento informado y dado que a la fecha de la intervención (27 de noviembre de 2001) estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestarlo, resulta evidente que el medio de prueba ordinario será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación. Ahora bien, la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes de información que incumben al responsable médico del proceso.

Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso, es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara: *“la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”*.

D) Consecuencias indemnizatorias de la infracción del deber de información clínica.

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

En este sentido, a pesar de que la jurisprudencia dista de estar consolidada, a la vista de la doctrina científica y de la jurisprudencia más reciente (SSTS, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000 y la antes citada de octubre de ese año) se desprenden los siguientes criterios que, recordemos, deben ser siempre matizados en la consideración del caso concreto, en especial, en el que nos ocupa, por las razones que luego se verán:

1º La omisión o defecto del deber de información no es, *“per se”*, y con abstracción de cualquier otra circunstancia, generador de responsabilidad patrimonial. Ello no es sino aplicación de la consolidada jurisprudencia que sostiene que el mero funcionamiento anor-

mal del servicio público no genera responsabilidad, siendo necesario que, en virtud de tal funcionamiento, se materialice el riesgo, causando un daño que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Si no acaba por materializarse dicho riesgo, podrá existir responsabilidad disciplinaria, pero no patrimonial.

2° Si, a pesar de existir omisión o defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento (diagnóstico, terapéutico o rehabilitador), éste: a) se aplica correctamente y b) una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el único posible o, al menos, el razonablemente más conveniente, por las claras y graves consecuencias de no aceptarlo o por otro motivo análogo), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate (secuela, fallecimiento), dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse por dicho daño.

3° Sin embargo, si existía alguna alternativa de tratamiento, incluyendo la de no aplicarse el propuesto por el médico (asumiendo en tal caso el interesado o sus allegados el riesgo que ello conllevarse), la omisión o defecto en el deber de información (que, recordemos, no existe cuando la urgencia de la situación no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, ex artículo 10.6, c) LGS y hoy, 9.2, b) Ley 41/2002), sí ocasiona un daño, de carácter moral, distinto del producido por la materialización del riesgo inherente al tratamiento aplicado (del que ya se ha dicho que no es indemnizable) y que consistiría en la privación de la posibilidad de adoptar la decisión que, a la vista de la información que se le hubiera debido suministrar, el paciente podía o debía tomar.

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

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

II.- Aplicación al caso concreto.

Afirma la reclamante que no dio su consentimiento escrito a la intervención –lo que puede considerarse acreditado ante la ausencia de prueba de contrario por la Administración– y que no fue informada acerca del alcance de la herida, de la posibilidad de reparación

o no del tendón, del riesgo de falta de movilidad del dedo tras la sutura, de las opciones que tenía, etc. (páginas 11 y 12 del expediente).

Sin embargo, sus propias manifestaciones contradicen estas alegaciones. En efecto, en el relato de hechos de su reclamación inicial, la interesada afirma *“que en todo momento se encuentra consciente y capacitada para tomar decisiones, (e) interesa de los facultativos del Hospital que la atienden procedan a su inmediato traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca o al Hospital Morales Meseguer, ambos de la ciudad de Murcia, al entender que el centro sanitario de Caravaca carecía de los medios humanos y materiales adecuados para la reparación de las lesiones de los tendones del dedo afectado”* (folio 4). En la misma página se puede leer que *“ni mi mandante, ni su esposo, aceptaron por escrito la propuesta de intervención”*. También, al folio 11 consta que *“ante la gravedad de los daños que presentaba el dedo índice de mi representada, no fue correctamente derivado hacia un centro hospitalario con especialistas en cirugía de la mano, tal y como mi mandante demandó desde su entrada en el Hospital Comarcal del Noroeste”*.

De tales afirmaciones cabe deducir que la interesada, en contra de lo alegado, sí conocía el alcance de la herida desde un primer momento, pues era consciente de la afectación tendinosa, y su insistencia en ser derivada hacia un centro especializado en cirugía de la mano resulta difícil de entender si no conociera el mal pronóstico de la lesión. Asimismo, la propia reclamante indica que el cirujano efectúa una propuesta de intervención, es decir, se deja a la decisión de la paciente someterse a la misma. Aquélla afirma que no la aceptó por escrito, aunque es evidente que sí lo hizo de forma tácita, pues se sometió a ella.

La cuestión estriba, pues, en determinar si la voluntad de la paciente de someterse a la operación que se le propone estaba viciada por su falta de información o no y en qué medida ello puede dar lugar a indemnización.

Si existe propuesta de intervención, parece evidente que ésta no era urgente en los términos del artículo 10.6 LGS, es decir, no existía un riesgo vital ni de lesiones irreversibles ligadas a la tardanza en la intervención pues, a pesar de que el cirujano alude a estas circunstancias como fundamento de su decisión de no recabar el consentimiento escrito, los médicos de la aseguradora afirman que los resultados de la tenorrafia practicada de urgencia habrían sido los mismos de haberse realizado 10 ó 12 días más tarde.

Descartada la urgencia como circunstancia eximente de la obligación de información que incumbía al médico, ésta debía ser cumplimentada con todos los requisitos exigidos por la Ley y la interpretación jurisprudencial que de la misma se ha hecho, es decir, debía dársele una información adecuada sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como los riesgos derivados de éste.

Como ya se ha dicho, de las manifestaciones de la interesada cabe deducir que conocía el diagnóstico, pues era consciente de la afectación tendinosa, como también el mal pronóstico que cabe esperar de las mismas. Por el contrario, nada prueba que se le trasladaran los riesgos, tanto de la intervención como de no someterse a ella, ni las alternativas de tratamiento, si es que existían. A tal efecto, el valor probatorio de las manifestaciones del cirujano –según él, indicó a la paciente la lesión que padecía, el carácter irreversible de la pérdida de movilidad del dedo y que la única opción terapéutica era la tenorrafia– es escaso, atendida su directa implicación en los hechos y la puesta en cuestión de su buen hacer profesional, por lo que, negados tales extremos por la actora, no pueden considerarse acreditados.

En consecuencia, no ha quedado probado que el facultativo interviniente cumpliera en todos sus extremos su obligación de información hacia la paciente.

Ahora bien, como ya se expuso en las consideraciones generales de este Dictamen (y otros de este mismo Órgano Consultivo, como el 20/2004) acerca del consentimiento informado, la omisión o defecto del deber de información no es, “*per se*”, y con abstracción de cualquier otra circunstancia, generador de responsabilidad patrimonial, pues si, a pesar de existir omisión o defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento, éste se aplica correctamente y, además, una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el único posible o, al menos, el razonablemente más conveniente, por las claras y graves consecuencias de no aceptarlo o por otro motivo análogo), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate, dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse por dicho daño.

Y esto es lo que, a la vista del expediente, cabe considerar que ocurrió en el supuesto sometido a consulta. Si bien no queda probado que el facultativo informara a la paciente de los riesgos del tratamiento que le proponía, ésta se sometió voluntariamente a la intervención, la cual constituía la única opción terapéutica posible en la atención de urgencias, como han adverado los informes médicos traídos al procedimiento, derivándose una secuela típica, por lo que en aplicación de la doctrina expuesta, no existiría relación causal entre la insuficiente información facilitada a la paciente y el daño padecido. Procede, en consecuencia, negar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, procediendo informar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

Al respecto, debe precisarse que aunque la interesada afirma que la tenorrafia no constituía la única opción terapéutica, pretendiendo fundar tal alegación en el informe de la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, de este documento únicamente puede deducirse como tratamiento alternativo a la tenorrafia el denominado “*anclaje transóseo*” (folio 87 del expediente). Sin embargo, el informe se limita a efectuar una alusión genérica a ambas técnicas como vías quirúrgicas de restaurar la continuidad de la estructura anatómica, resultando apropiadas, una u otra, en función de la localización de la lesión tendinosa. Ahora bien, de los términos en que se expresa el referido informe, no cabe deducir la aplicabilidad del anclaje transóseo a la concreta lesión padecida por la interesada ni, por tanto, que constituyera una alternativa terapéutica frente a la tenorrafia aplicada. Es preciso recordar en este punto, que la Inspección Médica afirma taxativamente que “*en las consultas efectuadas a la bibliografía médica, no se describe una técnica término-terminal intratendinosa de elección*”.

SEXTA.- Eventual negativa al tratamiento y solicitud de traslado a otro centro.

Junto al derecho a la información del paciente, la Ley General de Sanidad, en su artículo 10.9 (hoy también derogado por la Ley 41/2002) establecía otra manifestación del derecho de autodeterminación del paciente, como es el de negarse al tratamiento, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria, en los términos establecidos por el artículo 11.4 de la misma Ley, en cuya virtud, es obligación del ciudadano firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento.

Esta posibilidad de negarse al tratamiento se mantiene tras la entrada en vigor de la Ley 41/2002, exigiéndose ahora la constancia por escrito de tal renuncia (artículo 2.4).

En el supuesto sometido a consulta, ante la propuesta de tratamiento que, según las manifestaciones de la propia interesada, le efectuó el médico, si no consideraba adecuada la intervención o no deseaba someterse a ella, y tampoco lograba que se atendiera su demanda de ser derivada a otro centro, en uso de su autonomía de voluntad, pudo haber solicitado el alta voluntaria para trasladarse a alguno de los centros que, según ella, contaban con medios suficientes para una resolución más adecuada de sus heridas. Nada se indica en el expediente acerca de las razones que llevaron a la interesada a no actuar de dicho modo y someterse a una intervención que, siempre según sus manifestaciones, parecía no desear. Tampoco consta en el expediente el documento de alta voluntaria con la firma de la interesada.

Y todo ello sin dejar de advertir que carece el expediente de prueba alguna acerca de sus demandas de traslado a otro centro, contando únicamente con el sustento de las meras declaraciones de la interesada.

En cuanto a la derivación a otro centro hospitalario, ésta, en la medida en que afecta a la organización de la asistencia sanitaria, no queda a la sola voluntad del enfermo, sino que deben darse razones médicas que así lo aconsejen. Ni la Ley General de Sanidad ni el Real Decreto 63/1995 establecen expresamente ni un derecho en tal sentido ni el referido requisito, que sí encuentran una manifestación explícita en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que deroga al anterior. De conformidad con su anexo IV, la prestación de los servicios de urgencia comprende, entre otros, la evaluación inicial e inmediata de los pacientes para determinar los riesgos para su salud y su vida y, en caso de ser necesaria, la clasificación de los mismos para priorizar la asistencia sanitaria que precisen. Esta evaluación puede completarse “derivando a los pacientes a un centro asistencial *si fuera necesario*”, para la realización de las exploraciones y procedimientos diagnósticos precisos para establecer la naturaleza y el alcance del proceso y determinar las actuaciones inmediatas a seguir para atender la situación de urgencia.

Evidentemente, ese “*si fuera necesario*” sólo cabe entenderlo en función del criterio médico de quien presta la asistencia urgente y efectúa la evaluación inicial. En el caso sometido a consulta, el médico que evaluó la situación de la paciente en el Hospital Comarcal no consideró necesario su derivación a otro centro hospitalario, al considerar que en el referido establecimiento existían los medios adecuados para realizar los procedimientos terapéuticos médico-quirúrgicos necesarios para atender adecuadamente la situación de urgencia sanitaria que presentaba la interesada, lo que no ha sido probado de contrario.

SÉPTIMA.- El daño alegado.

Si bien entiende el Consejo Jurídico que no existe responsabilidad patrimonial derivada de la actuación asistencial prestada a la paciente, se estima conveniente realizar las siguientes consideraciones acerca del daño alegado, pues al margen de la ausencia de acreditación de diversos extremos, el expediente contradice abiertamente determinadas alegaciones.

En efecto, afirma la reclamante que el dedo “*ha quedado en un estado de inmovilidad total, con una anquilosis absoluta*”. La falsedad de esta afirmación se advierte fácilmente al contrastarla con el informe remitido por la Mutua, donde se hace constar cómo a 8 de marzo de 2002 (apenas 4 meses después del accidente) la interesada “*continúa mejorando movilidad y ya sin dolor. Activamente consigue llevar pulpejo a 1 cm. de la palma. Movilidad pasiva consigue llegar fácilmente a palma*” (folio 58).

La acreditada movilidad del dedo, asimismo, permite descartar que éste haya perdido totalmente su funcionalidad, surgiendo cuando menos la duda acerca de la alegada inhabilitación de la interesada para la realización de su actividad laboral de auxiliar de conservas. Tales dudas se acrecientan cuando se advierte que, al margen de no constar en el expediente una resolución administrativa de declaración de invalidez, sí figura en él información relativa a una nueva asistencia médica solicitada por la interesada a la Mutua a finales del año 2003, por causa ajena al accidente que motiva la presente reclamación, en la que consta que la interesada sigue teniendo relación de empleo con la misma empresa conservera en la que trabajaba al momento de sufrir el accidente en el año 2001, siendo su puesto de trabajo de “auxiliar de conserva”, y que se encuentra en situación laboral de alta (folio 53).

Por otra parte, respecto de los 158 días en que afirma que estuvo incapacitada para el desempeño de sus ocupaciones habituales, no acredita mediante la aportación de los correspondientes partes de baja laboral, qué días fueron realmente improductivos y cuáles no.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no concurrir los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 45/07.- Revisión de oficio de concesión de subvención para fomento de empleo a favor S. y R. B., S.L.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 11/04/07

Extracto de Doctrina

El procedimiento revisorio objeto del presente Dictamen está incurso en causa de caducidad, al haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación, según establece el artículo 102.5 LPAC; de conformidad con lo preceptuado por el 44.2 del mismo texto legal, procede declarar la caducidad de dicho procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, pues así lo permite el artículo 92.3 LPAC, que establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de la entonces Consejería de Trabajo, Consumo y Política

Social, de 5 de abril de 2004, se aprueban los Programas de Fomento de la Contratación y Autoempleo para el ejercicio 2004, y se efectúa su convocatoria pública (BORM n.º. 87, de 16 de abril de 2004).

SEGUNDO.- Con fecha 14 de junio de 2004, la empresa S. y R. B., S.L. solicita una subvención por importe de 5.400 euros, con cargo al programa Fomento de Empleo, como consecuencia de la contratación laboral, de carácter indefinido, efectuada el 1 de junio de 2004, a la trabajadora D. M. J. R.-B. S., nacida el 12 de marzo de 1971 (mayor de 30 años).

TERCERO.- Por Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación, de 29 de octubre de 2004, le fue concedida la subvención solicitada, siendo realizado el pago a la mercantil beneficiaria mediante transferencia bancaria el 4 de noviembre de 2004.

CUARTO.- El 6 de febrero de 2006, el Jefe de Servicio de Coordinación y Gestión F.S.E revisa el expediente y detecta las siguientes circunstancias, que comunica al Servicio Jurídico del SEF:

1ª. Que la trabajadora D. M. J. R.-B. S. es hija de D. A. S. P., que ostenta el cargo de administradora única de la sociedad “S. R.-B., S.L.”, según la escritura de constitución de la sociedad aportada al expediente por la propia beneficiaria de la subvención.

2ª. Por otra parte, D. M. J. R.-B. S. mantuvo un contrato laboral indefinido con la empresa “A., S.A.”, desde el 1 de febrero de 2002 hasta el 31 de mayo de 2004, justo un día antes de que se produjera la contratación subvencionada.

Concluye que se incumplen en el presente supuesto el artículo 7.2, apartados c) y d) de la Orden reguladora.

QUINTO.- El 5 de octubre de 2006, el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación dictó resolución por la que se acuerda la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la misma Dirección, de 29 de octubre de 2004, por la que se concedió a la empresa S. R. B., S.L., una subvención por importe de 5.400 euros. Seguidamente se otorgó un trámite de audiencia a la empresa beneficiaria, que presentó un escrito de alegaciones el 26 de octubre de 2006, limitándose a afirmar que la revisión sería contraria al principio de seguridad jurídica por el tiempo transcurrido.

SEXTO.- El 10 de octubre de 2006, el Servicio de Fomento de Empleo emite informe favorable a la revisión de oficio iniciada, al igual que el Servicio Jurídico del SEF el 3 de noviembre siguiente.

SÉPTIMO.- La propuesta del Subdirector, de 3 de noviembre de 2006, es sometida a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos que emite informe favorable el 26 de diciembre de 2006.

OCTAVO.- El 28 de diciembre de 2006 se acuerda por el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación la suspensión del plazo para dictar resolución por el tiempo que medie entre la petición de informe al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, siendo notificado a la empresa beneficiaria.

NOVENO.- Con fecha 8 de enero de 2006 (registro de entrada) se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico emite Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, respecto a los supuestos de nulidad previstos en el artículo 62.1, en relación con el 102 LPAC.

SEGUNDA.- Cuestión previa: plazo para la declaración de la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho.

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia (circunstancia que concurre en el presente supuesto), o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

El acto administrativo que motiva el expediente de revisión de oficio es la Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación, de 29 de octubre de 2004, por la que se otorgó una subvención de 5.400 euros a la empresa S. R.-B., S.L., por la contratación de una desempleada mayor de 30 años.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la incoación del procedimiento, ya que la declaración de oficio de la nulidad puede declararse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción, frente a lo argumentado por la empresa beneficiaria, a diferencia de la declaración de lesividad de los actos anulables (artículo 103.2 LPAC). No obstante el artículo 102.5 de la misma Ley establece que “cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio, sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”, sin perjuicio de que la Administración pueda volver a iniciarlo conforme a nuestra doctrina (por todos, Dictamen núm. 167/2005).

El expediente de revisión se inició de oficio el 5 de octubre de 2006, por Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación, por lo que el plazo para resolver concluía el 5 de enero siguiente, si bien, de forma acertada, se adoptó la suspensión del plazo entre el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo (máximo tres meses), en evitación de su caducidad (artículo 102.5 LPAC), con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42.5,c) de la misma Ley para en el caso de solicitar informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

Sin embargo, acerca de la medida de suspensión acordada, cabe realizar las siguientes observaciones:

a) La solicitud de Dictamen, a los efectos suspensivos de que se trata, debe considerarse efectuada en la fecha que tuvo salida oficial el correspondiente escrito de petición de Dictamen; sin embargo, en el presente caso, no consta en el oficio de solicitud el registro de salida del órgano consultante como exige, para su constancia, el artículo 38.1 LPAC; en su defecto, debemos considerar la fecha de registro de entrada en el Consejo Jurídico, que data de 8 de enero de 2007.

b) Por consiguiente, cuando se solicitó nuestro Dictamen con constancia en un registro oficial, según la documentación remitida, ya había concluido el plazo de tres meses para re-

solver y notificar la resolución del procedimiento de revisión, por nulidad de pleno derecho, iniciado de oficio. Por ello, aun cuando se haya adoptado y comunicado con anterioridad el acuerdo de suspensión, no cabe entender interrumpido el plazo previsto por la LPAC para su resolución hasta que no media la petición al Consejo Jurídico y, en ningún caso, puede entenderse interrumpido el plazo cuando ya había finalizado (el 5 de enero de 2007).

En consecuencia, el procedimiento revisorio objeto del presente Dictamen está incurso en causa de caducidad, al haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación, según establece el artículo 102.5 LPAC; de conformidad con lo preceptuado por el 44.2 del mismo texto legal, procede declarar la caducidad de dicho procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, pues así lo permite el artículo 92.3 LPAC, que establece que la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, como hemos sostenido en nuestros Dictámenes núms. 7/2002, 138/2002, y 34/2003, entre otros. Dicha circunstancia impide a este órgano consultivo entrar a considerar el fondo de las cuestiones planteadas. Por lo tanto, procede dictar resolución por la Administración consultante en la que, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.1 LPAC, se declare la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, notificándose a la interesada, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento para revisar el acto de concesión por los graves incumplimientos que lo vician, no cuestionados por la beneficiaria.

En coherencia con lo señalado anteriormente, debería iniciarse un nuevo procedimiento en el que podrá acordarse la incorporación de todas las actuaciones que obran en el presente expediente con fundamento en el principio de conservación de actos cuyo contenido se mantenga igual, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LPAC, aunque no puede eludirse, en ningún caso, la audiencia individualizada a la empresa beneficiaria, ni la petición de nuestro nuevo Dictamen sobre el fondo de la cuestión consultada, acogiéndose, dentro de plazo, a la petición de la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen y la recepción del mismo, en los términos arriba indicados.

TERCERA.- Otras cuestiones: órgano competente para la declaración de nulidad.

El expediente ha sido instruido y tramitado por el SEF al que su Ley de creación (Ley 9/2002, de 11 de noviembre) le atribuye las competencias de desarrollo y ejecución de la política regional en materia de empleo, y concretamente sobre las que versa el acto administrativo objeto de revisión, es decir, el desarrollo y ejecución de los programas de creación de empleo estable entre los colectivos de desempleados (artículo 3.j de la precitada Ley).

Sin embargo, el Consejo Jurídico debe realizar una observación acerca del órgano competente para la resolución del procedimiento de revisión de oficio pues, en contra de la propuesta sometida a Dictamen, considera que le corresponde al Presidente/a del Servicio Regional de Empleo, por las razones que se explicitan seguidamente.

En efecto, se considera por la propuesta de resolución y por los órganos preinformantes que el órgano competente para resolver el procedimiento de declaración de nulidad es el Director del SEF, pues fue el órgano concedente de la subvención, y de conformidad con el artículo 31 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley regional de Subvenciones), le correspondería la declaración de la revisión de oficio. Además se fundamenta en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la precitada Ley acerca de que serán aplicables, desde su entrada en vigor, los procedimientos de control financiero, reintegro y revisión de actos.

Sin embargo, han detenerse en cuenta las siguientes particularidades:

1ª. La norma específica que regula el SEF (artículo 24.1 de la Ley 9/2002) atribuye la resolución de los procedimientos de revisión de oficio al Presidente/a del SEF, que es el titular de la Consejería.

2ª. La ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que establece con carácter general el régimen jurídico de la Administración regional en relación con sus actos, atribuye al titular de la Consejería (artículo 33.1) la competencia para la revisión de oficio de los actos dictados por los demás órganos de su Consejería, o por los máximos órganos rectores de los organismos públicos adscritos a la misma, y a los máximos órganos rectores de dichos organismos los dictados por los órganos de ellos dependientes, si bien su Disposición Transitoria Primera especifica que los organismos autónomos y las demás entidades de Derecho Público existentes se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor, hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma; de ello se infiere que habrá que estar a lo que disponga la norma específica de creación.

3ª. El artículo 31.1 de la Ley regional de Subvenciones, ya citada (“cuando el acto de concesión incurriera en alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, y el órgano concedente proceda a su revisión de oficio o declaración de lesividad ...”), no puede ser interpretado como una atribución específica de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho, en contra de lo previsto en la normativa general, pues si atendemos a su redacción literal se emplea el término “proceda” pero sin prejuzgar cuál es el órgano competente regional para su resolución, cuando viene establecido en su normativa específica de organización y funcionamiento, de acuerdo con lo señalado por la Ley 7/2004. Otro aspecto diferente es que en el procedimiento el órgano concedente, en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley regional de Subvenciones en relación con el artículo 31.2 de dicha Ley, haya de solicitar el informe del órgano instructor, así como, en el caso de subvenciones de concurrencia competitiva, el del órgano evaluador de las solicitudes, si es que el vicio afectara a los aspectos que le corresponde valorar.

Por tanto, el Consejo Jurídico considera que corresponde la resolución de este procedimiento de revisión de oficio a la Presidenta del SEF.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento objeto de Dictamen al haber transcurrido el plazo de tres meses desde que se inició el mismo, sin que el acuerdo de suspensión interrumpiera el plazo establecido para su resolución.

SEGUNDA.- Se recomienda a la Consejería consultante que se inicie un nuevo procedimiento al efecto, de acuerdo con lo señalado en el presente Dictamen, por los vicios que se imputan al acto objeto de revisión, pudiendo conservarse las actuaciones ya obrantes en los términos señalados en la Consideración Segunda. Deberá solicitarse un nuevo Dictamen al Consejo Jurídico sobre las cuestiones de fondo planteadas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 46/07.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público del Agua de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)****Fecha: 11/04/07****Extracto de Doctrina**

1. *La necesidad de distinguir entre estructura organizativa y estructura orgánica, unida a la ausencia de una disposición legal que de manera expresa establezca qué contenidos son propios de cada uno de tales conceptos, obliga a efectuar una interpretación sistemática, en el contexto de la propia Ley 7/2004. A estos efectos, el artículo 10.3 establece que las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas, de lo cual se desprende que el Decreto que las establezca debe crear, modificar y suprimir unidades administrativas. Ahora bien, no todas las unidades, pues el artículo 14.3 de la misma Ley deja tales atribuciones, sobre las inferiores a nivel de sección, a cada Consejería. En definitiva, el contenido propio de las estructuras orgánicas es la creación, modificación y supresión de las unidades administrativas de nivel igual o superior a sección, con determinación de las funciones que corresponden a cada una de ellas.*

2. *La concepción de los Estatutos de los organismos públicos como reglamentos ejecutivos de su Ley de creación y la regulación de su contenido efectuada por el artículo 41.1 Ley 7/2004, meramente como contenido mínimo, permiten a los Estatutos agotar la normación sobre los diferentes aspectos o extremos legalmente indicados, que afecten al Ente.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, el Ente Público del Agua de la Región de Murcia (entidad pública empresarial creada por Ley 4/2005, de 14 de junio, en adelante Ley del Ente), redacta un primer borrador de Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Ente.

El borrador consta de una parte expositiva, un artículo único, una disposición final y el texto del Estatuto que, a su vez, se estructura en 21 artículos, divididos en seis títulos.

SEGUNDO.- El borrador se acompaña de la siguiente documentación: a) una memoria de necesidad y oportunidad, de fecha 17 de marzo de 2006; b) una memoria económica, que estima un gasto para el ejercicio 2007 de 1.082.000 euros, para atender tanto al previsto incremento de plantilla como a los medios técnicos necesarios para la ejecución del Plan de Actuación del Ente; y c) un informe elaborado por el Servicio Jurídico de la Consejería de adscripción del Ente, que formula numerosas observaciones al texto del borrador.

TERCERO.- Con fecha 29 de marzo de 2006, la Secretaria General del Ente hace constar que, como consecuencia de la incorporación al texto de las sugerencias y observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico de la Consejería de adscripción, se elabora un segundo borrador.

CUARTO.- El 23 de junio, el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de la Función Pública emite informe sobre el Proyecto, para advertir de la ausencia en el mismo de cualquier referencia al régimen de personal, el cual, de conformidad con el artículo 41.1, letra c), de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen

Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, constituye contenido mínimo de los estatutos de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales.

La aceptación de esta indicación por el Ente promotor del texto, determina la redacción de un tercer borrador.

QUINTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 6 de noviembre de 2006, en sentido favorable al texto, aunque con diversas observaciones que sólo en parte serán asumidas, dando lugar al cuarto borrador del futuro Decreto.

SEXTO.- El 18 de diciembre de 2006, la Dirección General de Presupuestos y Finanzas elabora informe relativo a los aspectos presupuestarios contenidos en el Proyecto, sugiriendo diversas modificaciones y supresiones que serán plenamente aceptadas e incorporadas al texto en un nuevo borrador, el quinto y definitivo.

SÉPTIMO.- En tal estado de tramitación se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el 23 de enero de 2007. Examinado aquél, se advierte la ausencia del texto autorizado por el Consejero que formula la consulta, lo que motiva el Acuerdo 7/2007, de este Consejo Jurídico, por el que se requiere al órgano consultante que complete el expediente mediante la incorporación del referido documento.

OCTAVO.- El 5 de febrero de 2007 tiene entrada en el registro del Consejo Jurídico la documentación requerida, que se recibe acompañada de los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), éste debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado. El Proyecto sometido a consulta, en tanto que regula los Estatutos de la empresa pública regional creada por la Ley del Ente requiere nuestro Dictamen preceptivo, al ser su objeto el desarrollo reglamentario de las previsiones allí contenidas.

SEGUNDA.- Habilitación legal.

La Disposición Final primera de la Ley del Ente autoriza al Consejo de Gobierno para dictar las medidas y disposiciones que sean necesarias en desarrollo de aquella y, en especial, para aprobar los Estatutos cuyo Proyecto es objeto de consulta.

Asimismo, existen menciones legales a los Estatutos del Ente en los artículos 2.1 (régimen jurídico de la entidad); 4.2 (en relación al ejercicio de potestades administrativas por los órganos del Ente) y 9.1, letra a (en lo tocante a los límites a imponer a las operaciones económicas, financieras y contractuales que puede realizar el organismo).

Verdaderas remisiones reglamentarias sólo se contienen en el artículo 8.1 y 2, en materia de composición, funciones y organización del Consejo Asesor de Participación.

Estas previsiones de la Ley de creación del organismo han de complementarse con las del artículo 41 de la Ley 7/2004, regulador del contenido mínimo e indisponible de los Estatutos de los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), que responde a una concepción de dichas normas reglamentarias como complemento indispensable de la Ley de creación, a cuyo proyecto debe acompañarse el de los propios Estatutos (artículo 40.3, Ley 7/2004).

En términos generales, el contenido del Proyecto no da respuesta a tales previsiones. En efecto, aunque la remisión efectuada por el artículo 8 de la Ley se desarrolla en los artículos 6 y 7 del futuro Decreto y en éste se regula la estructura organizativa del Ente (Título II); el régimen de personal (Título III); su régimen económico y financiero, presupuestario y contable (Título V); y su control (Título VI), no hay un desarrollo en el texto de todos los extremos demandados por el artículo 41.1 de la Ley 7/2004. Así, aunque la regulación de las funciones del organismo se realiza por remisión a lo establecido en la Ley de creación, guarda silencio el Proyecto acerca de las competencias, del patrimonio y de los recursos económicos que haya de financiar el Ente, como tampoco regula el régimen patrimonial ni el de contratación.

De hecho, podría afirmarse que existe un cierto intercambio de contenidos normativos entre la Ley de creación del Ente, que no fue objeto de Dictamen por el Consejo Jurídico, y los Estatutos en proyecto. En efecto, las funciones de los órganos colegiados del organismo son reguladas por los futuros Estatutos, cuando de conformidad con el artículo 23.2, letra d), de la Ley 7/2004, dicha ordenación debía ser realizada por la propia Ley de creación. Por el contrario, las funciones del organismo, contenido propio de los Estatutos, no son objeto de atención por éste, sino que se establecen en el artículo 3 de la Ley.

Tales omisiones habrían de ser subsanadas, dado el carácter mínimo e indispensable que, respecto del contenido de los Estatutos establece para tales extremos el artículo 41.1 Ley 7/2004.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

El artículo 41.2 de la Ley 7/2004 atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar los estatutos mediante Decreto, a propuesta del titular del departamento de adscripción y previo informe de las Consejerías competentes en materia de organización administrativa y hacienda.

a) De conformidad con la previsión legal, la futura norma se ha tramitado como Proyecto de Decreto, sin que conste en el expediente remitido al Consejo Jurídico la propuesta del titular de la Consejería de adscripción del organismo (Consejería de Agricultura y Agua) al Consejo de Gobierno.

b) Respecto de la actuación de la Consejería competente en las materias de organización administrativa y hacienda, actualmente concentradas en la Consejería de Economía y Hacienda, cabe indicar que ha informado el Proyecto la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, si bien con un alcance limitado al análisis del régimen presupuestario contenido en él.

El propio centro directivo advierte de la necesidad de recabar un nuevo informe suyo, si la aprobación del futuro Decreto generara nuevas obligaciones económicas no previs-

tas inicialmente en los Presupuestos de la Administración regional y de sus organismos autónomos, previa realización de una memoria en la que se detallen las repercusiones presupuestarias, según lo dispuesto en la Disposición Adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH). Como ya indicó el Consejo Jurídico en Dictamen 21/2004, atendida la literalidad de la disposición, no cabría calificar dicho informe de preceptivo, cuando las nuevas obligaciones económicas que pudieran derivarse de la aprobación del proyecto normativo no estuvieran previstas inicialmente en los Presupuestos de una entidad pública regional, tipología no contemplada en el precepto, en la medida en que aparece claramente diferenciada de los organismos autónomos y de lo que cabría denominar Administración general. Ahora bien, la no preceptividad del informe no impide su consideración de muy conveniente, dada la inclusión de los presupuestos del Ente en los generales de la Comunidad Autónoma y atendida la elevada cuantía del coste previsto para el ejercicio 2007 (memoria económica, folios 22 y ss).

c) Por lo demás, el Proyecto debe seguir el procedimiento general de elaboración de los reglamentos establecido por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia que, en líneas generales, cabe entender cumplido, sin perjuicio de advertir la ausencia de cualquier justificación técnica de las concretas determinaciones normativas propuestas.

d) En íntima relación con la observación precedente, debe indicarse que, a pesar de la sucesión de hasta 5 borradores que muestra el expediente, se echa en falta una valoración técnica por parte del centro directivo proponente, acerca de las sugerencias y observaciones efectuadas por los órganos preinformantes, singularmente de aquellas que no han sido aceptadas, algunas de las cuales habrán de ser reiteradas en ulteriores consideraciones de este Dictamen.

CUARTA.- Sobre la técnica normativa.

1. Habría de modificarse la redacción del artículo único para ajustarlo a la enumeración de contenidos mínimos efectuada por la Ley 7/2004.

2. Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias preceptos que son reproducción de la Ley que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen nº. 23/98).

3. Establecer en los Estatutos la sede con referencia a una dirección postal no parece adecuado, atendida su contingencia, lo que se cohonesto mal con la perdurabilidad en el tiempo de la norma reglamentaria.

4. Los epígrafes que anteceden a las diversas partes en que se divide el texto persiguen ilustrar acerca de su contenido, lo que exige la necesaria adecuación entre aquellos y éste. Así, a modo de ejemplo, el Título IV se intitula “De la Actuación del Ente”, si bien únicamente contiene normas relativas a la participación del organismo en sociedades mercantiles.

5. De conformidad con la Directriz 14 de las de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables a las normas emanadas de

la Administración regional ante la ausencia de regulación propia, la parte expositiva de los reglamentos ejecutivos como el que es objeto de consulta, debe contener una referencia a la habilitación legal específica y al llamamiento que haga el legislador al ulterior ejercicio de la potestad reglamentaria.

6. No se advierten en el expediente especiales razones de urgencia que justifiquen la excepcional entrada en vigor de la futura disposición el día siguiente al de su publicación, por lo que debería establecerse una *vacatio* suficiente que posibilitara tanto el conocimiento material de la norma como la adopción de las medidas necesarias para su aplicación y ejecución (directriz 42, letra f). Cabe recordar que, si la disposición guarda silencio acerca del momento de su entrada en vigor, ésta se produce a los veinte días de su publicación, por así disponerlo el artículo 2.1 del Código Civil y el 52.5 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

7. Las directrices de constante referencia establecen orientaciones sobre composición de las disposiciones que vienen a reflejar los usos ordinarios no sólo en el ordenamiento estatal sino también en el regional. Tales criterios no han sido seguidos en el Proyecto en referencia a los títulos (que no se ubican centrados en el texto), los artículos (al consignar la palabra artículo en mayúsculas, subrayar su denominación, designarlos por números ordinales y no cardinales), etc. En consecuencia, procede efectuar una revisión general del texto a la luz de las referidas directrices sobre composición (Directrices 22 y 29).

8. Las referencias y remisiones normativas deben hacerse con precisión, aludiendo al precepto concreto de la norma y no al conjunto de ésta, tal y como se hace en el artículo 17.1, que debería completarse con la mención expresa del artículo 57.1 TRLH.

QUINTA.- Sobre la distribución de los contenidos organizativos entre los Estatutos del organismo y su futuro Decreto de estructura orgánica.

La regulación que de los extremos relativos a la organización de los organismos públicos efectúa la Ley 7/2004 obliga a cuestionarse qué concretos aspectos encuentran mejor acomodo en los estatutos del organismo y cuáles en su estructura orgánica. El origen de las dudas reside en la propia Ley 7/2004, que prevé la existencia de un Decreto de estructura orgánica del organismo público (artículo 14.2), al tiempo que prescribe la necesaria inclusión de la “estructura organizativa” del organismo, como contenido mínimo de sus Estatutos (artículo 11.1, a).

Ya en anteriores Dictámenes (por todos el 128/2005) el Consejo Jurídico ha considerado que ambas normas reglamentarias son distintas, es decir, no cabe interpretar que el decreto de estructura orgánica sea una parte de los Estatutos del organismo, pues ambos tienen establecida una diferente tramitación, ni la estructura orgánica puede ser considerada como un mero desarrollo de los Estatutos, pues el artículo 14.2 de la Ley 7/2004 es tajante al afirmar el vínculo directo existente entre la estructura orgánica y la norma que da origen al organismo, al disponer que el establecimiento o modificación de aquélla se hará de acuerdo con lo que dispone la Ley de creación.

La necesidad de distinguir entre estructura organizativa y estructura orgánica, unida a la ausencia de una disposición legal que de manera expresa establezca qué contenidos son propios de cada uno de tales conceptos, obliga a efectuar una interpretación sistemática, en el contexto de la propia Ley 7/2004. A estos efectos, el artículo 10.3 establece que las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas, de lo cual se desprende que el Decreto que las establezca debe crear, modificar y suprimir

unidades administrativas. Ahora bien, no todas las unidades, pues el artículo 14.3 de la misma Ley deja tales atribuciones, sobre las inferiores a nivel de sección, a cada Consejería. En definitiva, el contenido propio de las estructuras orgánicas es la creación, modificación y supresión de las unidades administrativas de nivel igual o superior a sección, con determinación de las funciones que corresponden a cada una de ellas.

¿Qué corresponde, entonces, a los estatutos del organismo? La solución a esta incógnita debe buscarse en la naturaleza de esta norma como reglamento ejecutivo de su Ley de creación, de tal forma que si a ésta corresponde el establecimiento de los órganos directivos (artículos 11.6 Y 40.1, c de la Ley 7/2004), será misión de los estatutos el desarrollo reglamentario de tales prescripciones organizativas esenciales contenidas en la Ley, tanto las dirigidas a complementar la regulación de los órganos de creación legal como la de aquellas previsiones que, afectando a la organización del Instituto, no constituyan creación de unidades administrativas.

En virtud de lo expuesto, cabe hacer un juicio general favorable acerca de los contenidos organizativos incluidos en el Proyecto, en tanto que se ajustan a los criterios de distribución indicados, si bien esta afirmación necesita una matización respecto al contenido de los artículos 11 y 13, letra c).

1. La Secretaría General (artículo 11).

Al margen de las funciones que corresponden a su titular como Secretario de los órganos colegiados del Ente, el resto de atribuciones son propias de una unidad administrativa (asesoramiento jurídico, gestión ordinaria y tramitación de expedientes de contratación y patrimonio, propuesta de resolución de recursos y reclamaciones, asuntos generales, custodia de actas y documentos), careciendo de potestades capaces de producir efectos en la esfera jurídica de los ciudadanos (artículo 10.2 Ley 7/2004), no teniendo en consecuencia la naturaleza de órgano, como confirma además la propia Ley de creación del organismo, cuyo artículo 4 omite la Secretaría General en la relación de órganos del Ente. Careciendo de la condición de órgano y constituyendo una mera unidad administrativa, su regulación en los Estatutos resulta extraña, siendo más propia del decreto de estructura orgánica del Ente, como de hecho reconoce el propio artículo 11.1 del proyecto al establecer que “*existirá, dentro de la estructura orgánica del Ente Público del Agua, una Secretaría General*”. Debe, en consecuencia, suprimirse el artículo 11 del Proyecto.

2. Artículo 13, letra c).

En dicho precepto se prevé una estructura funcional basada en la existencia de una Secretaría General y diversos “*Departamentos o unidades funcionales*” que serían los encargados de llevar a efecto la actividad material del organismo en orden al ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus fines. Nada se dice acerca del número, denominación o funciones propias de tales Departamentos o unidades, lo cual sería acertado si, al modo de la organización clásica de la Administración institucional autonómica, se las considera como meras unidades administrativas de rango igual o superior a Sección, conforme al criterio de distribución material antes apuntado, lo que justificaría el silencio del Proyecto en beneficio de un futuro decreto de estructura orgánica del Ente (no de un acuerdo del Consejo de Administración, como apunta el artículo 13).

Ahora bien, la consideración de los jefes de tales Departamentos como personal directivo, con las implicaciones que ello conlleva en cuanto a su selección (sorprendentemente, el artículo 15.2 de la Ley del Ente, somete su reclutamiento únicamente a criterios de

competencia profesional y experiencia, apartándose de lo establecido para el resto del personal del Ente, que sí debe someterse a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso, así como a una convocatoria pública), nos mueve a pensar que, cuando se habla en el Proyecto de “*Departamentos*” se pretende establecer una especie de superestructura que plasme una división funcional primaria, en la que, ya en un segundo nivel, se integrarían las verdaderas unidades administrativas, que serían coordinadas, controladas y dirigidas por los jefes de aquellos. En tal caso, la determinación del número de Departamentos, su denominación y sus funciones, sí deberían constar ya en los Estatutos del Ente, en la medida en que serían las unidades funcionales claves para estructurar la labor que constituye la razón de ser misma del organismo, resultando esencial su inserción en los Estatutos para poder considerar que éstos cumplen la previsión legal que les exige contener la estructura organizativa del Ente (artículo 41.1, letra a) de la Ley 7/2004).

SEXTA.- Observaciones de carácter general.

1. La concepción de los Estatutos de los organismos públicos como reglamentos ejecutivos de su Ley de creación y la regulación de su contenido efectuada por el artículo 41.1 Ley 7/2004, meramente como contenido mínimo, permiten a los Estatutos agotar la normación sobre los diferentes aspectos o extremos legalmente indicados, que afecten al Ente. Por ello, no se considera acertado remitir a un futuro Reglamento de Régimen Interior la determinación de los límites cuantitativos a partir de los cuales el Presidente y el Gerente deben recabar la autorización de otros órganos para autorizar gastos o pagos (artículos 5.1, letra g; 9.1, letra d; y 10.1, letra f); la atribución de determinadas funciones a la Secretaría General (artículo 11.2, letra f); ni la composición de la Comisión de Evaluación de Proyectos (artículo 13, letra b), toda vez que tales contenidos son fácilmente encuadrables en los conceptos de estructura organizativa y régimen económico y presupuestario a que se refiere la Ley 4/2007, al regular el contenido de los Estatutos.

Esta observación ha de hacerse extensiva, con mayor énfasis, a la previsión contenida en el artículo 13, acerca de la determinación de cuestiones organizativas de calado, tales como la creación de órganos (Comité Permanente de Administración; Comisión de Evaluación de Proyectos y Delegaciones Territoriales) y unidades (Departamentos), y la determinación de las funciones y competencias de alguno de ellos. Tales previsiones han de contemplarse, ora en los Estatutos ora en el Decreto de Estructura Orgánica del Ente, tal y como en relación a este último se indicó en la Consideración Quinta del presente Dictamen. Y todo ello, sin olvidar que la creación de órganos colegiados como el Comité y la Comisión referidas se encuentra regulada en la Ley 7/2004, en sus artículos 23 y 24, que no prevén su establecimiento por acuerdo de los órganos directivos de los organismos públicos, sino por Decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno u Orden de la Consejería de adscripción, según los casos.

2. Como ya se ha anticipado, la Ley del Ente contiene algunas previsiones acerca de lo que denomina “*personal directivo*”, estamento cuyo régimen jurídico queda ciertamente indeterminado. En efecto, sólo se establecen normas sobre su selección y nombramiento. Respecto de la primera, constituye una excepción al sistema ordinario en las Administraciones Públicas, pues si bien se toman como criterios la competencia profesional y la experiencia, al modo de lo establecido en la Ley 7/2004 para el nombramiento de los titulares de los órganos directivos, en dicha Ley aquéllos son extraídos de entre funcionarios de carrera, mientras que, por el contrario, la Ley del Ente guarda silencio acerca de la extracción de su personal directivo, posibilitando, en consecuencia, su reclutamiento externo a la Admi-

nistración. Estas mismas previsiones legales se reproducen en el Proyecto de Estatutos, como también la indeterminación de cuál es el régimen a que habrán de someterse en lo no previsto en las referidas normas específicas.

Adviértase que la Ley del Ente no los considera como Altos Cargos (a diferencia del Gerente), ni tampoco serían funcionarios en situación de servicio activo, dado el sometimiento del personal del organismo al Derecho laboral. Tampoco pueden ser considerados como personal eventual o de confianza, en los términos del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (TRLFP), pues al margen de que la Ley de creación no les otorga tal condición, este personal, de acuerdo con el referido precepto, únicamente puede ser nombrado por el Presidente de la Comunidad Autónoma o por los Consejeros y para realizar funciones que no se acomodan con las que los Estatutos atribuyen al Secretario General del Ente y a los Jefes de Departamento.

En consecuencia, la relación de empleo del personal directivo del Ente ha de ser de carácter laboral (general u ordinaria o de alta dirección), y así habría de especificarse en el Proyecto.

3. La delimitación de las funciones propias de los órganos administrativos corresponde a la norma que los crea, por así disponerlo el artículo 11.1, letra b) LPAC, no siendo contenido propio de los Estatutos, sino de la Ley del Ente, norma que originariamente establece los órganos directivos del organismo.

El silencio de la Ley de creación acerca de las funciones que corresponden a los diversos órganos por ella establecidos y el limitado poder innovador de la potestad reglamentaria, cuyo ejercicio viene constreñido por los términos de la Ley a desarrollar, que opera como base o punto de partida de la labor reglamentaria, pero también como límite, obliga a considerar en qué medida pueden los Estatutos del organismo establecer las funciones de los órganos creados por la Ley.

La respuesta a dicha cuestión obliga a analizar situaciones de partida diversas, pues no cabe dar un tratamiento homogéneo cuando las previsiones legales son diferentes para cada órgano. En efecto, si respecto del Consejo de Administración se dice en la Ley del Ente que es el órgano colegiado superior de gobierno y alta dirección del mismo (artículo 5.1), dicha caracterización, aunque insuficiente en orden a entender cumplido el requisito de delimitación de funciones y competencias exigido por la norma básica, sí que, al menos, constituye un punto de referencia sobre el que los Estatutos pueden construir un entramado funcional que habrá de resultar coherente con la naturaleza legalmente otorgada, para entender que aquéllos no incurrirán en un exceso reglamentario, sino que se limitan al desarrollo de la Ley en los anchos márgenes que ésta les señala.

Del mismo modo, el Consejo Asesor se configura en la Ley del Ente como órgano de asesoramiento y orientación (artículo 8.1), remitiéndose expresamente al reglamento el establecimiento de sus funciones.

Por el contrario, respecto del Presidente, el artículo 6 de la Ley de creación no ofrece una imagen funcional clara acerca de las competencias que asume en el entramado organizativo del Ente, más allá de ostentar la presidencia del Consejo de Administración (artículo 5.2, letra a); la propuesta o designación de determinados cargos y personal (5.2, letras b y c; 5.5; 11.3; 15.2); y la resolución de los recursos de alzada interpuestos frente a los actos administrativos del Gerente (artículo 7.2). Éste último, por su parte, tampoco recibe

atribuciones en la Ley del Ente, cuyo artículo 7 se limita a caracterizarlo como Alto Cargo, de donde ninguna consecuencia funcional cabe extraer. Adviértase que la Ley de creación ni tan siquiera les asigna la cualidad de órganos directivos, si bien cabe entender que tal es su naturaleza, aunque sólo sea porque es contenido propio de las leyes de creación de los organismos públicos el establecimiento de sus órganos directivos (artículo 40.2, letra c), Ley 7/2004).

La condición de órgano directivo, predicada de Presidente y Gerente, permite acudir a la genérica caracterización funcional establecida por el artículo 11.2 de la Ley 7/2004, en cuya virtud, a todo órgano directivo le corresponde el desarrollo y ejecución de los planes de acción determinados por los órganos superiores, consiguiendo así una mínima referencia legal que posibilita su desarrollo reglamentario.

Ahora bien, la laxa interpretación realizada en los párrafos precedentes acerca de las relaciones entre Ley y Reglamento –posible por encontrarnos en un ámbito puramente organizativo, en que la regulación queda circunscrita al ámbito interno de estructuración y funcionamiento del Ente, sin afectar a sus relaciones “*ad extra*”–, no puede justificar que los Estatutos contradigan la caracterización del Consejo de Administración como superior órgano de gobierno y alta dirección del Ente, lo que ocurre cuando se atribuyen al Presidente las funciones señaladas con las letras b), f), g), h) e i) del artículo 9.1 del Proyecto, en la medida en que tales capacidades de actuación son manifestación de la labor de gobierno y Alta Dirección del Ente, por lo que deberían ser asignadas al Consejo de Administración. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de recordar la posibilidad de que éste encomiende su ejercicio al Presidente.

Mención aparte merece el artículo 9.1, letra j), pues por las razones expuestas no cabe atribuir al Presidente funciones de gobierno, en tanto que no ostenta la condición de órgano de gobierno del Ente, reservada por la Ley de creación al Consejo de Administración. Las facultades de administración, tal y como se razona más adelante, habrían de corresponder bien al Gerente en cuanto órgano que asume la dirección administrativa ordinaria del organismo, bien al Secretario General, en tanto que verdadera unidad administrativa que permite engranar el ámbito directivo con la gestión y administración ordinaria del organismo. Adviértase, además, que en los términos en que se expresa el precepto –“*facultades de administración no atribuidas de modo expreso a otro órgano del mismo en los presentes estatutos*”–, podría llegarse al absurdo de interpretar que corresponden al Presidente cualesquiera funciones propias de las unidades administrativas dependientes del organismo, las cuales no se establecen en el Proyecto sometido a consulta, por ser materia del Decreto de estructura orgánica.

Respecto al Gerente su identificación funcional en la Ley es todavía más tenue que la del Presidente, pues no forma parte del Consejo de Administración ni se le señala función alguna, más allá del genérico ejercicio de potestades administrativas que se infiere del artículo 7.2 de la Ley del Ente. La caracterización de este órgano, en definitiva, debe hacerse por exclusión, de forma que le corresponderán las funciones directivas que no correspondan al Consejo de Administración (alta dirección) ni al Presidente, del que depende jerárquicamente. En consecuencia, le corresponde la dirección ordinaria del Ente y todas las facultades o funciones conexas, es decir, las de impulso, control y coordinación de las unidades administrativas del organismo, en un difícil deslinde de tales funciones respecto de las propias de la Secretaría General y que se consigue clarificar con la ya propuesta configuración de esta última como mera unidad administrativa y el consiguiente

desplazamiento de su regulación a un futuro Decreto de estructura orgánica (Consideración Quinta, 1). En cualquier caso, el Gerente no ha de asumir funciones representativas, propias de los órganos de gobierno y directivos de mayor rango, ni la condición de órgano de contratación del organismo, la cual, de conformidad con el artículo 35.2 de la Ley 7/2004, debe corresponder al representante legal del Ente, es decir, su Presidente (artículo 9.1, letra a, del Proyecto).

SÉPTIMA.- Observaciones particulares a la parte expositiva y al articulado.

– Fórmula promulgatoria.

a) Debe consignarse la denominación completa de la Consejería competente en materia de Hacienda.

b) La fórmula legalmente establecida (artículo 2.5 LCJ) para indicar si la disposición se aprueba conforme al Dictamen del Consejo Jurídico no es “de acuerdo el Consejo Jurídico”, como se indica en el Proyecto, sino “de acuerdo *con* el Consejo Jurídico”.

– Artículo 3. Estructura del Ente Público.

Incluir “del” entre “Órganos” y “Ente”.

– Artículo 5. Consejo de Administración. Funciones.

a) En el apartado 1, letra a), si se alude a las directrices del Consejo de Gobierno, debe incluirse también una referencia a aquellas que, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley del Ente, le corresponde establecer a la Consejería de adscripción.

b) La facultad de aprobar los planes sectoriales, contenida en el apartado 1, letra b), al margen de la conveniencia de ubicarla en una letra aparte, atendida la diferente naturaleza que reviste respecto de las actuaciones presupuestarias contempladas por el precepto, no se ajusta estrictamente a los términos establecidos por la Ley del Ente. En efecto, de conformidad con el artículo 2.4.3 del referido texto legal, al organismo público le corresponde la “*elaboración*” de los referidos planes, al tiempo que garantiza “*el máximo nivel de participación de las entidades locales*”. La indefinición del régimen legal de los instrumentos sectoriales de planificación parece aconsejar que, con carácter previo a atribuir su aprobación al Consejo de Administración del Ente, se precisara su alcance, contenido y naturaleza, así como sus efectos sobre la planificación municipal.

En cualquier caso, debe recordarse que la coordinación (finalidad legalmente declarada para los referidos planes) que corresponde efectuar a la Comunidad Autónoma sobre las Corporaciones Locales está sometida a reserva legal por imperativo del artículo 82.1 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (LRL), exigiendo además que la Ley que establezca dicha coordinación deberá precisar con el suficiente grado de detalle las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserve la Asamblea Regional, lo que no hace la Ley del Ente. Tampoco establece esta última a quién corresponde aprobar los tantas veces citados planes, debiendo acudir entonces al artículo 82.2 LRL, en cuya virtud la coordinación corresponde al Consejo de Gobierno, órgano que deberá aprobar los planes sectoriales, sin perjuicio de su elaboración por los órganos del Ente que determinen sus Estatutos, previsión esta última omitida en el texto sometido a consulta, pues sólo se prevé la participación del Consejo Asesor y su aprobación por el Consejo de Administración.

En consecuencia, procede eliminar la facultad de aprobación de los planes sectoriales contemplados en el artículo 2.4.3 de la Ley del Ente, dado que la contravención del artículo 82.2 LRL convertiría dicha previsión reglamentaria en nula de pleno derecho.

c) En la misma letra b), debe sustituirse “anteproyectos” por “proyectos”, refiriendo este término tanto a los presupuestos del organismo como al Plan de Actuación, Inversiones y Financiación, para ajustar la redacción del precepto no sólo al artículo 8.1 de la Ley de creación, sino también al artículo 57.3 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH).

d) El último inciso del apartado 1, letra e) debería modificar su redacción para aludir a las funciones que correspondan al Gerente en su condición de jefe de personal o que se le puedan delegar.

e) En el apartado 1, letra f), añadir “*con otras*” entre “celebrar” y “Administraciones”.

f) La letra k) del apartado 1, atribuye al Consejo de Administración la función de acordar la participación del Ente en sociedades mercantiles, fundaciones y “otros entes de carácter asociativo”. Nada cabe objetar respecto de los dos primeros tipos de entidades, dado que existe previsión legal expresa de la participación del organismo en ellos (artículos 9.1, letra d) y 11 de la Ley del Ente); sin embargo, nada establece ésta acerca de la participación del organismo en esos otros entes de naturaleza asociativa, salvo que éstos sean las entidades sin ánimo de lucro a que alude el último inciso del artículo 9.1, d) de la referida Ley. Debe, en consecuencia, sustituirse la expresión antes transcrita por la de “otras entidades sin ánimo de lucro”.

g) El Consejo de Administración no puede avocar para sí funciones o competencias propias del Presidente o del Gerente, dado que su relación con estos órganos no es jerárquica. En primer lugar porque la Ley del Ente no la establece, como debería haberlo hecho en aplicación del artículo 11.1, letra a) LPAC, si se hubiera pretendido hacerlos depender del Consejo de Administración. Antes al contrario, en relación al Presidente, éste forma parte del propio Consejo, presidiéndolo, y sus actos administrativos ponen fin a la vía administrativa (artículo 6.2 de la Ley del Ente), sin que quepa recurso jerárquico alguno frente al Consejo de Administración; del mismo modo, el Gerente, si alguna dependencia jerárquica tiene es con el Presidente, como demuestra el hecho de que los recursos de alzada interpuestos frente a los actos del primero son resueltos por el segundo, no por el Consejo de Administración.

Esta ausencia de relación jerárquica impide la avocación por parte del Consejo de Administración de las funciones propias de los órganos unipersonales, en aplicación del artículo 14.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que sólo prevé esta forma de alteración del ejercicio de la competencia en beneficio del superior jerárquico respecto de las atribuciones de sus inferiores.

Por ello, la única avocación que podría realizar el Consejo de Administración respecto de atribuciones ejercidas por el Presidente o el Gerente, sería aquella que tuviera por objeto competencias previamente delegadas por el órgano colegiado (artículo 14.1, segundo párrafo LPAC).

h) Dispone el apartado 3 que el Consejo de Administración se reunirá “*cuantas veces sean necesarias*”, si bien no establece quién ha de apreciar dicha necesidad ni indica quien

o quienes pueden promover la convocatoria del órgano, lo que debería corregirse, salvo que se entienda que opera aquí supletoriamente la normativa general sobre órganos colegiados (artículo 23.1, letra b), en cuya virtud correspondería al Presidente, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros del órgano formuladas con la suficiente antelación.

Esta observación se hace extensiva al artículo 7.2 del Proyecto.

i) El último párrafo del apartado 4 prevé la posibilidad de celebrar una sesión del órgano sin convocatoria previa, para el caso de que estando todos los miembros presentes o representados se acuerde su celebración. En realidad, más que ausencia de convocatoria, el precepto prevé la omisión de los requisitos que deben acompañar a la misma, y que se configuran como derechos de los miembros, singularmente, el de conocer con suficiente antelación los asuntos a tratar, mediante la comunicación del orden del día con 48 horas de adelanto.

En consecuencia, la convocatoria, en tanto que acto que llama a la formación de la voluntad colegial, no debiera omitirse, si bien, en el supuesto planteado, lo razonable sería que consistiera en la mera consulta por parte del Presidente al resto de miembros del Consejo acerca de si prestan su conformidad a la celebración de la sesión, con indicación de los asuntos a tratar y de las peculiaridades que concurren y que motivan el apartamiento de las normas ordinarias de convocatoria. De este modo, se da ocasión a cada miembro de valorar si se dan las circunstancias para poder formar correctamente su criterio individual y concurrir a la decisión colegiada, aun renunciando a las garantías establecidas a favor de su posición institucional. Por ello, el Proyecto debería limitarse a prever la posibilidad, excepcional y justificada, de prescindir de los requisitos ordinarios de la convocatoria, pero no la ausencia de ésta, pudiendo servir como guía de redacción el antiguo artículo 10.3 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual “*quedará válidamente constituido un órgano colegiado aun cuando no se hubiesen cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallen reunidos todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad*”.

j) En el apartado 5 debe sustituirse la conjunción disyuntiva “o” por la copulativa “y” entre “Presidente” y “el Secretario”, pues de conformidad con el régimen básico de los órganos colegiados es necesaria la presencia, al menos, del Presidente y el Secretario (artículo 26.1 LPAC) o, en su caso, de quienes les sustituyan. Esta previsión de sustitución (al Presidente le sustituye el Vicepresidente y al Secretario un empleado del Ente que sea licenciado en Derecho –artículo 8 del Proyecto–), que también recoge el precepto proyectado, debe impedir que el Presidente o el Secretario puedan actuar por representación, pues su función en el órgano tiene un carácter institucional que excede de la mera concurrencia a la formación de la decisión colegiada, y que quedaría desvirtuada de admitirse su ejercicio a través del mecanismo de la representación. En consecuencia, de considerar el centro directivo proponente necesario prever la posibilidad de actuar por representación, ésta debería circunscribirse a los vocales del órgano, sin que alcance a las figuras de Presidente y Secretario.

Y es que la existencia de vocales suplentes (artículo 5.2, letra c, *in fine*) y la previsión de una segunda convocatoria en la que sólo sería necesaria para la válida constitución del órgano la presencia del Presidente, el Secretario y un tercio de los miembros del Consejo, no parecen hacer necesario que opere el mecanismo de la representación para garantizar el funcionamiento ordinario del órgano, por lo que el centro directivo proponente quizá debiera reconsiderar la oportunidad o necesidad de dicha previsión.

– Artículo 6. Consejo Asesor de Participación. Miembros.

a) Si en el apartado 5 se prevé que el “Vicepresidente de la Entidad” lo sea también del Consejo Asesor, debe incluirse en el apartado 1 como miembro del órgano.

Debe efectuarse, no obstante, una matización, cual es que el Vicepresidente no lo es del Ente, sino tan sólo del Consejo de Administración. En efecto, de conformidad con la Ley del Ente (artículo 5.2), el Vicepresidente únicamente es regulado como miembro del Consejo de Administración, no constando entre los enumerados como órganos directivos del Ente en el artículo 4.1 de la Ley.

b) La referencia para la designación de representantes sindicales no debería ser el criterio de la mayor implantación, sino el más preciso de mayor representatividad. Éste es el utilizado por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, cuyos artículos 6 y 7 regulan los requisitos para conseguir dicha representatividad, y otorgan a los sindicatos que la ostentan la función de representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o autonómico que la tengan prevista (artículo 6.3, letra a).

c) En la letra h) debería precisarse que el representante lo es de las asociaciones de usuarios, no de los usuarios, pues así lo exige el artículo 8.1 de la Ley del Ente.

d) La condición de miembro del Consejo Asesor de Participación cabe predicarla de quienes ostentan la representación de las entidades presentes en el mismo (en interpretación que reflejan los apartados 3 y 4), no de éstas, como parece apuntar el apartado 2.

e) El apartado 6 debe suprimirse atendiendo a elementales razones de economía normativa. En primer lugar porque las atribuciones de Presidente y Secretario son comunes a ambos órganos (artículo 8 del Proyecto), sin que en la regulación del Consejo de Administración pueda advertirse función alguna de tales cargos que pudiera ser extendida al Consejo Asesor. En segundo lugar, porque la sustitución del Presidente por el Vicepresidente ya se prevé en el artículo 8 del Proyecto, y en términos más amplios (prevé los supuestos de vacante y otra causa legal, omitidos en el artículo 6.6). Y tercero, porque las atribuciones del Presidente y el Secretario en relación a los órganos colegiados de los que forman parte coinciden con las establecidas por el régimen general que para tales órganos dispone la LPAC, al que se remite el artículo 8 del Proyecto.

– Artículo 7. Consejo Asesor de Participación. Funciones.

a) En el apartado 1, letra a), el objeto del informe no es el Programa de Actuación, Inversiones y Financiación, sino su proyecto.

b) Debe consignarse en letra aparte, por su propia sustantividad, la labor de informar los planes sectoriales.

Debe suprimirse el impreciso e injustificado inciso “en su caso”, pues el informe ha de ser preceptivo, atendida la incidencia de los referidos planes sectoriales sobre las entidades locales y la garantía que, para éstas, puede constituir la presencia de representantes de la Federación de Municipios en el órgano informante. Todo ello sin perjuicio de la exigencia de los informes de otros órganos representativos de los intereses locales o estatales, cuya participación en el procedimiento de elaboración de los planes pudiera resultar preceptiva en virtud de la normativa sectorial aplicable en cada caso.

c) Sustituir “Consejo de Dirección” por “Consejo de Administración” en el apartado 1, letra c).

d) Debería buscarse una mayor precisión en la redacción de la letra f) del apartado 1, para determinar a qué tipo de obras se refiere, el momento en que ha de producirse el informe, y cuál ha de ser su objeto y alcance.

En cualquier caso, atendida la generalidad y escaso rigor con que se expresa el precepto, este informe no puede sustituir a cualesquiera otros previstos tanto en las normas sectoriales como en las reguladoras de la contratación de las Administraciones Públicas.

– Artículo 9. Funciones del Presidente.

a) En el apartado 1, letra k) se atribuyen al Presidente la resolución de, entre otros, los procedimientos sancionadores. Debe advertirse que, de conformidad con los artículos 38.2 y 40.2, letra b) de la Ley 7/2004, los organismos públicos ostentan las potestades administrativas que les señalen sus normas de creación. Comoquiera que la Ley del Ente no prevé potestad sancionadora alguna a favor del organismo, ha de concluirse que éste carece de tal capacidad de actuación, convirtiendo en un conjunto vacío la previsión del precepto objeto de consideración, por lo que debe suprimirse la mención a la resolución de los procedimientos sancionadores.

Adviértase que, si bien el artículo 17 de la Ley 6/2006, de 21 de julio, de Incremento de Medidas de Ahorro y Conservación de Agua de la Región de Murcia, atribuye al Ente la instrucción de los procedimientos sancionadores incoados en aplicación de la referida Ley, la competencia para su resolución se atribuye al Consejero de adscripción del organismo.

Únicamente cabría reconocer al Presidente competencia sancionadora en relación con las infracciones cometidas respecto a subvenciones por él concedidas, de conformidad con lo establecido por la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Región de Murcia, cuyo artículo 45.1 atribuye competencia para imponer sanciones a quien la ostenta para conceder las subvenciones.

En consecuencia, el precepto proyectado debería establecer de forma meridiana que la competencia sancionadora del Presidente queda circunscrita al ámbito antes indicado, salvaguardando, asimismo, las competencias sancionadoras que el segundo párrafo del mencionado precepto legal reserva a la Consejera de Economía y Hacienda.

b) El apartado 3 prevé la avocación por el Presidente de cualesquiera funciones que correspondan “legalmente” al Gerente, aun cuando la Ley, como se ha dicho (Consideración Sexta, 3) omite atribuir función alguna al referido órgano directivo. Procede, en consecuencia, suprimir el adverbio.

– Artículo 10. Funciones del Gerente.

a) En el apartado 1, letra h), debe precisarse que las letras del artículo 5 a que alude pertenecen en realidad a su apartado 1.

Por otra parte, la mención que se realiza al artículo 5.1, c) del Proyecto, sería reiterativa con la función atribuida al Gerente en el artículo 10.1, letra g) del Proyecto, en relación a las Cuentas del organismo.

b) La expresa indicación legal (artículo 7.1 de la Ley del Ente) de la condición de Alto Cargo que corresponde al Gerente le coloca en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley

5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política, haciendo innecesario el apartado 3, relativo al régimen de incompatibilidades del Gerente.

c) El régimen de sustitución del Gerente ganaría en precisión si se ajustara a las normas que sobre suplencia establece el artículo 17 LPAC. Así, resulta difícil imaginar un supuesto de impedimento legítimo distinto de los clásicos de ausencia, vacante o enfermedad, los cuales han sido objeto ya de una abundante atención doctrinal y jurisprudencial que ayudan a su recta interpretación. Por otra parte, la determinación de en quién ha de recaer la suplencia, debería efectuarse de una manera unívoca y no, como ocurre en la actual redacción del precepto, estableciendo una opción entre “el Secretario General o cualquier otra persona” que determine el Consejo de Administración.

– Artículo 14. Recursos humanos.

a) Reproduce el artículo la regulación contenida en el artículo 15 de la Ley del Ente, lo que debería consignarse expresamente en el precepto, mediante la fórmula “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley ...” u otra similar.

b) Hay dos apartados consignados con el número 3.

c) El segundo apartado 3 debe ser revisado gramaticalmente para hacerlo comprensible, aunque podría suprimirse pues, atendida la regulación establecida en los artículos 15 de la Ley y 13, letra c) del Proyecto, en nada innova el ordenamiento.

– Artículo 15. Sociedades mercantiles.

En la enumeración de las facultades que corresponden al Ente en las sociedades mercantiles participadas, debería establecerse una diferenciación sobre la base de si esa participación afecta al capital social íntegro, o tan sólo a una parte del mismo –la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia señala como participación mínima la del 10% (artículo 56.1)–, pues es evidente que la efectividad de determinadas facultades como las consignadas con las letras b) y c), dependerá de cuál sea la capacidad de influir sobre las decisiones de la sociedad que ostente el Ente y que le vendrá dada por el porcentaje de capital social que posea.

– Artículo 23. Jurisdicción.

Procede eliminar el precepto, en la medida en que al discernir la competencia de los órdenes judiciales contencioso-administrativo y civil para conocer de las cuestiones suscitadas en relación con el Ente, establece una norma de delimitación de competencia jurisdiccional que sólo corresponde efectuar al legislador estatal, al amparo de la competencia exclusiva que otorga al Estado el artículo 149.1, 6ª de la Constitución Española, en materia de legislación procesal. En este sentido, es constante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al anular preceptos autonómicos que procedan a la delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo (Sentencias 173/1998 y 135/2006, entre otras).

OCTAVA.- Revisión gramatical y ortográfica.

El texto sometido a consulta adolece de errores gramaticales (artículo 14.3, uso de los signos de puntuación) que pueden dificultar la recta interpretación de los preceptos, y ortográficos (faltan algunas tildes y el uso de las iniciales mayúsculas no es homogéneo), que habrían de ser corregidos con anterioridad a su elevación al Consejo de Gobierno.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno es competente para aprobar como Decreto el Proyecto sometido a consulta

SEGUNDA.- Deben subsanarse las omisiones puestas de manifiesto en la Consideración Segunda de este Dictamen, que afectan al contenido mínimo de los Estatutos. Esta observación tiene carácter esencial.

TERCERA.- Debe suprimirse del Proyecto la regulación de la Secretaría General del Ente (artículo 11), en la medida en que constituye un contenido más propio del futuro Decreto de estructura orgánica.

CUARTA.- Son observaciones de carácter esencial las siguientes:

- Las relativas a la caracterización funcional del Presidente y del Gerente efectuadas en la Consideración Sexta, 3.
- La indebida remisión de la creación de los órganos colegiados regulados en el artículo 13 del Proyecto al acuerdo del Consejo de Administración.
- La nulidad en que incurrirían los futuros Estatutos de atribuir al Consejo de Administración la aprobación de los planes sectoriales previstos en el artículo 2.4.3 de la Ley del Ente (Consideración Séptima, observaciones al artículo 5).
- La imposibilidad del Consejo de Administración de avocar para sí funciones propias del Presidente y el Gerente (Consideración Séptima, observaciones al artículo 5).
- La necesaria presencia de Presidente y Secretario para la válida constitución del Consejo de Administración (Consideración Séptima, observaciones al artículo 5).
- La representación de los usuarios del agua en el Consejo Asesor ha de instrumentalizarse a través de las asociaciones de usuarios (Consideración Séptima, observaciones al artículo 6).
- Las matizaciones efectuadas al ámbito de la potestad sancionadora que corresponde ejercer al Presidente del organismo (Consideración Séptima, observaciones al artículo 9).
- La supresión del artículo 23.

QUINTA.- El resto de observaciones y sugerencias, de incorporarse al texto, lo mejorarían técnicamente y facilitarían su inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 47/07.- Proyecto de Decreto por el que se crea y regula la Comisión Consultiva para el personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 11/04/07

Extracto de Doctrina

En la medida en que todo laudo conlleva una decisión, la intervención del órgano consultivo en calidad de árbitro podría suponer una injerencia o interferencia en el proceso negociador, que excedería los fines propios de su condición consultiva. Asimismo, supondría apartarse de las normas que regulan la negociación colectiva y que, a diferencia de lo que ocurre en sede de interpretación y aplicación de los convenios colectivos (artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET), no prevén el arbitraje como forma de resolución de controversias surgidas durante la negociación colectiva.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Dirección General de Universidades y Política Científica elabora un primer borrador de “Decreto para la creación y regulación de la Comisión Consultiva para el Personal Docente e Investigador Contratado de las Universidades Públicas de la Región de Murcia”.

Dicho borrador constituye la base sobre la que trabajará un grupo constituido al efecto, con presencia de la Dirección General proponente, la Consejería de Economía y Hacienda, las Universidades Públicas de la Región, las Juntas de Personal Docente e Investigador de cada una de ellas y el profesorado contratado de la Universidad de Murcia (UMU).

En la sesión constitutiva de este grupo, el 30 de enero de 2006, se advierte la necesidad de contar con una interpretación jurídica acerca de las determinaciones que, sobre la composición de la Comisión Consultiva, establece la Disposición Adicional novena de la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (LUM), precepto que ya prevé la creación del órgano colegiado cuyo régimen se pretende establecer.

SEGUNDO.- Solicitado informe al Servicio Jurídico de la Consejería de Educación y Cultura, éste se emite el 2 de febrero de 2006, considerando que deben formar parte de la Comisión, entre otros, dos representantes del equipo de gobierno de cada una de las Universidades Públicas de la Región, un representante de la Junta de Personal Docente e Investigador de cada una de ellas, y otro por el correspondiente órgano de representación del personal contratado laboral de cada Universidad.

El contenido del informe es comunicado a todos los participantes en el grupo de trabajo.

TERCERO.- Con fecha 24 de marzo de 2006, la Junta de Personal Docente e Investigador de la UMU formula alegaciones que serán asumidas por el centro directivo proponente, dando lugar a un nuevo borrador, que será remitido a las Universidades para su consideración.

La Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT) formula una observación, que no será incorporada al texto.

CUARTO.- Con fecha 23 de octubre de 2006, la Comisión Académica del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia informa favorablemente el Proyecto, según consta en el expediente mediante certificación expedida por el Secretario del órgano.

QUINTO.- El 25 de octubre de 2006 se incorporan al expediente los siguientes documentos:

a) Una memoria económica, que concluye afirmando la ausencia de incremento de gasto para la Administración regional como consecuencia de la aprobación del futuro Decreto.

b) Una denominada memoria-propuesta, en cuya virtud el Director General de Universidades y Política Científica justifica la necesidad de la futura norma, a cuyo efecto propone al Consejero de Educación y Cultura su aprobación como Decreto, para su elevación al Consejo de Gobierno, conforme a la Propuesta de Acuerdo del órgano colegiado de gobierno, que también obra en el expediente.

c) Un informe del Servicio de Universidades, que expone las razones de oportunidad y necesidad que avalan la iniciativa normativa, sintetiza sus contenidos y los considera ajustados a la Ley que se pretende desarrollar.

SEXTO.- El 27 de noviembre de 2006, el Proyecto es informado favorablemente, con observaciones, por el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación y Cultura, como también lo hará un día más tarde su Vicesecretaría.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico, se elabora un nuevo borrador, que es sometido a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

OCTAVO.- El informe de dicho centro directivo, de 21 de diciembre de 2006, es favorable al Proyecto, si bien formula diversas observaciones que serán objeto de valoración por parte de la Dirección General de Universidades, y que sólo parcialmente serán incorporadas al texto de la disposición, para dar lugar así al último borrador, que constituye el texto definitivo del Proyecto, según diligencia del Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), pues se trata de un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional, la LUM.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación legislativa. Consideraciones generales derivadas de la relación Ley-reglamento.

El artículo 16.1 EARM atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que lo desarrollen, sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

En ejercicio de esta competencia la Comunidad Autónoma dicta la LUM, que se limita (artículo 41.2) a remitir la regulación del personal docente e investigador contratado de las Universidades públicas (en adelante PDI) a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), en la propia LUM, en sus respectivas disposiciones de desarrollo, en los Estatutos de las Universidades, en los convenios colectivos que resulten de aplicación y en la restante legislación laboral.

El artículo 48.1 LOU, por su parte, deja a las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, el establecimiento del régimen del PDI, mientras que su artículo 55 remite a la normativa autonómica la regulación del régimen retributivo de este profesorado. En desarrollo de tales previsiones se dicta el Decreto 150/2003, de 25 de julio, sobre el Régimen Jurídico y Retributivo del Personal Docente e Investigador Contratado de las Universidades Públicas de la Región de Murcia (Decreto PDI).

El reglamento plasma el régimen laboral que la legislación básica estatal dispone para este tipo de personal propio de las Universidades Públicas, indicando su parte expositiva que incluye el régimen jurídico y de contratación, el de dedicación y el régimen retributivo mínimo del PDI de las Universidades, sin perjuicio de lo que dispongan sus Estatutos y depare la negociación entre las Universidades y los representantes del profesorado contratado.

En este contexto ha de ubicarse la llamada al ejercicio de la potestad reglamentaria que efectúa la Disposición Adicional novena LUM, que prevé la creación de la Comisión Consultiva que es objeto del Proyecto sometido a consulta, como un *“órgano de consulta, estudio y discusión, cuyas conclusiones podrán ser utilizadas por las Universidades públicas en el ámbito de la negociación”*, y que tiene como finalidad *“establecer criterios y un diálogo permanente que permita homogeneizar las relaciones laborales del PDI de las Universidades públicas de la Región de Murcia”*.

Esta caracterización legal tiene dos consecuencias fundamentales sobre el desarrollo reglamentario que se pretende establecer:

1. Al configurar la Comisión Consultiva para el PDI como un órgano cuyo ámbito de actuación propio es el de las relaciones laborales que afectan a este tipo de personal, resultarían ajenas a él aquellas cuestiones que, por no afectar estrictamente a las condiciones de trabajo, al contenido de la relación de empleo del profesorado, no son susceptibles de negociación colectiva, tales como los aspectos académicos de su función docente, los proyectos de investigación a desarrollar, etc. Y todo ello sin negar que aquellas cuestiones laborales son una parte, si se quiere importante, pero mera porción o fracción del concepto más general de *“régimen”* del PDI.

En consecuencia, el ámbito funcional definido por el artículo 1.2 del Proyecto, al disponer que la Comisión constituye un órgano de consulta, estudio y discusión del *“régimen”* del PDI, excedería del ámbito de las relaciones laborales que le es propio, contraviniendo su configuración legal, y procediendo su ajuste a los términos de la Ley.

2. En segundo lugar, la naturaleza de órgano de consulta, estudio y discusión que le confiere la Ley, incide en las funciones que puede llegar a desarrollar, limitándolas, pues aunque la Disposición Adicional novena LUM deje al desarrollo reglamentario la determinación de los fines específicos del órgano, éstos no pueden contravenir los fines generales establecidos por la Ley y que se encuentran íntimamente relacionados con el carácter consultivo del órgano.

La parte expositiva del Proyecto, elemento hermenéutico de primer orden acerca de la “*mens legis*” que inspira y anima todo el Proyecto, afirma que aquél se dicta en un intento de mejorar los procesos de negociación colectiva laboral en el ámbito universitario “pero sin interferir en ellos”, fin plenamente acorde con la naturaleza asesora del órgano.

Sin embargo, separándose de esa idea de no injerencia, de facilitar el proceso de negociación colectiva pero desde el exterior, el artículo 2.1, letra c) del Proyecto asigna a la Comisión Consultiva un papel arbitral que, aunque únicamente puede ser llevado a cabo previa solicitud de las partes, introduce plenamente al órgano consultivo en el proceso negociador, dándole la facultad de dirimir las controversias que puedan surgir durante el mismo, trasladando el poder decisorio de la Comisión negociadora a la consultiva.

En la medida en que todo laudo conlleva una decisión, la intervención del órgano consultivo en calidad de árbitro podría suponer una injerencia o interferencia en el proceso negociador, que excedería los fines propios de su condición consultiva. Asimismo, supondría apartarse de las normas que regulan la negociación colectiva y que, a diferencia de lo que ocurre en sede de interpretación y aplicación de los convenios colectivos (artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET), no prevén el arbitraje como forma de resolución de controversias surgidas durante la negociación colectiva.

Sí contempla tal normativa una figura que, a juicio del Consejo Jurídico, sería más apropiada que la de árbitro, y que permite al órgano consultivo desarrollar su actuación facilitadora de la negociación pero sin llegar a tomar decisiones que sólo corresponden a las partes negociadoras. Se trata de la mediación, prevista en el artículo 89.4 del Estatuto de los Trabajadores y que, en realidad, parece encontrarse en la mente del redactor del Proyecto cuando, al describir la función de “árbitro o moderador” que asigna a la Comisión, afirma que la llevará a efecto “*procurando el acercamiento de las partes en los puntos que sean objeto de controversia*”.

Procede en consecuencia eliminar la referencia a una eventual función arbitral de la Comisión, reconduciéndola a una mera mediación, aconsejándose la eliminación del vocablo “*árbitro*” empleado en el precepto.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

El procedimiento seguido para la elaboración de la norma es el establecido por el artículo 53 de la Ley 6/2004, a cuya luz puede efectuarse un juicio de conformidad en líneas generales, si bien cabe efectuar las siguientes observaciones:

a) El artículo exige que el Proyecto se acompañe de una memoria justificativa de la oportunidad del mismo, que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas. Consta en el expediente con la denominación de memoria-propuesta, estando fechada el 25 de octubre de 2006. Sin embargo las primeras actuaciones dirigidas a la redacción del Proyecto y que constan entre la documentación remitida al Consejo Jurídico, se remontan a

una fecha muy anterior, el 30 de enero de ese mismo año. Debe recordarse que la naturaleza de la memoria justificativa, en tanto que expresión de los motivos, fines y objetivos que orientan al Proyecto, exige que se produzca en el inicio mismo del proceso de elaboración, para que sirva de guía durante su elaboración. Así lo entiende también la propia Ley 6/2004 cuando sitúa su exigencia en el artículo 53.1, apartado dedicado, precisamente, a la iniciación del procedimiento de elaboración normativa.

b) Resulta llamativo que, a pesar de la participación que se ha dado en la elaboración del Proyecto tanto a los órganos de representación del personal como a las Universidades públicas, aquélla no se haya canalizado a través del foro que se institucionalizó por Orden de 30 de julio de 2001, de la entonces Consejería de Educación y Universidades, por la que se crea la Mesa Consultiva para el personal docente e investigador de las Universidades públicas de la Región de Murcia. Su artículo segundo señala como objeto del referido órgano *“el establecimiento de un foro de estudio, discusión y diálogo entre los sindicatos representativos en el ámbito del personal docente e investigador de las Universidades públicas de la Región de Murcia y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como las Universidades de Murcia y Politécnica de Cartagena. El diálogo podrá extenderse a cuantos asuntos afecten al personal docente e investigador de las Universidades públicas de la Región de Murcia, siempre que, sobre los mismos, tengan competencia las instituciones representadas en la Mesa”*.

No obstante, dado el carácter meramente facultativo de la intervención de este órgano en el proceso de elaboración de la norma, su omisión en nada ha de afectar a la validez del Proyecto.

Ahora bien, ante la coincidencia de cometidos entre el referido órgano y el que pretende crear el Proyecto sometido a consulta, debe recordarse que el artículo 11.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) prohíbe la creación de nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos. Por ello, si la intención del centro directivo proponente es sustituir la referida Mesa por la Comisión, debería proceder a la derogación expresa de la Orden de 30 de julio de 2001. De no hacerlo no cabría entenderla tácitamente derogada, dadas las diferencias existentes entre los dos órganos y que afectan tanto a su composición -mientras en la Mesa la representación del personal se atribuye a los sindicatos, en la futura Comisión aquélla se reserva a los órganos que la institucionalizan: las Juntas de Personal; en la primera, la representación de las Universidades se atribuye a los respectivos Rectores, mientras en el Proyecto se deja a los equipos de gobierno su designación- como al ámbito de actuación, más amplio el de la Mesa (*“cuantos asuntos afecten al PDI”*, artículo segundo de la Orden) que el de la Comisión de nueva creación (*“homogeneizar las relaciones laborales del PDI”*, Disposición Adicional novena, 1, LUM). Por tanto, bien se suprime la Mesa mediante una Disposición Derogatoria, bien se restringe su competencia, excluyendo las funciones que ahora se asignan a la Comisión.

CUARTA.- Observaciones particulares.

1. Parte expositiva.

La parte expositiva debería recoger de manera expresa una referencia al artículo 16 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

2. Artículo 2. Funciones de la Comisión.

a) En la letra d) debería sustituirse la expresión “situaciones laborales” por la de “relaciones laborales”.

b) En la letra g) y de conformidad con lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen, debería limitarse la materia sobre la que pueden versar los informes, para adecuarla al ámbito propio de la Comisión: las relaciones laborales del PDI.

3. Artículo 4. Funciones del Presidente.

El artículo reproduce las funciones propias de un Presidente de órgano colegiado, conforme a las indicadas en el artículo 23.1 LPAC. Omite, sin embargo, la consignada en la letra e) del precepto estatal y que obliga a los Presidentes de órganos colegiados a velar por el cumplimiento de las leyes, también al de la Comisión ahora creada, en virtud de la aplicación supletoria de la LPAC.

Ello no obstante, salvo que se pretenda atribuir dicha función a otro órgano dentro de la Comisión –opción posible atendido el carácter no básico del precepto estatal (STC 50/1999)–, debería asignarse expresamente al Presidente, pues habiendo optado por reproducir las demás contenidas en el artículo 23.1 LPAC, su omisión podría inducir a interpretaciones erróneas.

4. Artículo 6. Funciones de los vocales.

a) La letra b) establece la prohibición de abstenerse en las votaciones de aquellos vocales que lo sean en representación de la Administración regional. Trasunto de la prohibición contenida en el artículo 24.1, c) LPAC, no contiene el expediente justificación alguna acerca del diferente trato que otorga el Proyecto a los representantes de la Administración regional y a los de las Universidades, aun cuando estos últimos también representan intereses públicos que podrían verse defraudados en la formación de voluntad del órgano colegiado por la abstención de un vocal llamado a defenderlos.

Además, aun admitiendo que la posición jurídica de las Universidades públicas es peculiar y presenta caracteres que las convierten en personificaciones especiales, su condición de entidad de Derecho público permite su calificación como verdadera Administración Pública a la luz del artículo 2.2 LPAC, lo que hace aún más incomprensible que no se extienda a sus representantes la prohibición de abstenerse.

b) En el apartado c), debe sustituirse “de la Secretaría” por “del Secretario”. Esta observación se hace extensiva al artículo 7.3 del Proyecto.

5. Artículo 7. Designación y funciones del Secretario.

La designación presidencial del Secretario ya se regula en el artículo 3, d) del Proyecto, por lo que su reiteración ahora es innecesaria. La supresión del primer inciso del apartado 1 debería reflejarse asimismo en el epígrafe que intitula el artículo.

6. Artículo 8. Régimen de funcionamiento.

La regulación de la posibilidad de constituir comisiones de trabajo debería contener un reenvío al artículo 10 del Proyecto, que establece las normas aplicables tanto a la constitución de aquéllas como a su funcionamiento. Para evitar posibles confusiones derivadas de la homonimia entre el órgano consultivo y las comisiones de trabajo, quizá fuera oportuno cambiar el nombre de estas últimas por el de grupos de trabajo.

7. Artículo 10. Comisiones de trabajo.

El apartado 4 debería complementarse con una referencia a las propuestas que pueden formular las comisiones de trabajo en virtud del apartado 2 del mismo artículo, mediante la inclusión de un último inciso del siguiente o parecido tenor literal: “*elevándole las propuestas que consideren oportunas*”.

8. Parte final.

No debe abandonarse en esta última parte del texto la técnica, correctamente utilizada en el articulado, consistente en epigrafiar o intitular cada precepto, avanzando su contenido.

9. Disposición Final segunda.

No se advierten en el expediente especiales razones de urgencia que aconsejen la inmediata entrada en vigor del futuro Decreto, excepcionando la regla general sobre “*vacatio*” de las normas.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

a) Las relativas a la adecuación a la LUM de las funciones asignadas a la Comisión y que afectan a los artículos 1.2 y 2.1, letra c) del Proyecto, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

b) La necesidad de derogar o modificar la Orden de 30 de julio de 2001, de la entonces Consejería de Educación y Universidades, por la que se crea la Mesa Consultiva para el PDI de las Universidades Públicas de la Región de Murcia, conforme a lo señalado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- El resto de observaciones y sugerencias contenidas en el Dictamen, de incorporarse al texto, contribuirían a su mayor perfección técnica y a su mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 48/07.- Responsabilidad patrimonial instada por I. M. A., S.L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 18/04/07****Extracto de Doctrina**

La falta de legitimación pasiva es bastante para desestimar la solicitud, conforme al artículo 139 LPAC; todo ello sin perjuicio de que la reclamante pueda hacer valer su derecho frente a la Administración titular de la carretera en la que se originaron los daños.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de marzo de 2004, D. E. P. S., en nombre y representación de la mercantil “I. M. A., S.L.”, presenta escrito donde expone que el día 2 de abril de 2003 cuando circulaba el automóvil propiedad de su representada, marca Rover, modelo Freelander, matrícula X, por el kilómetro 7,200 dirección Cartagena, al entrar en una curva se produjo una colisión con una pieza prefabricada de hormigón de las que se usan para colocación de vallas de protección en las obras, que se encontraba en la calzada. Añade que en el accidente se vieron implicados otros vehículos y que de los hechos se levantó atestado por la Guardia Civil de Tráfico de Cartagena. Como consecuencia de la colisión el automóvil sufrió daños en la rueda delantera derecha, en el conjunto de amortiguación delantero y en el alojamiento del conjunto amortiguador, cuya reparación ha ascendido, como se desprende de la factura que se acompaña, a 810,50 euros, cantidad por la que solicita indemnización de la Administración autonómica, por considerar que el accidente se produjo como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio de mantenimiento de la carretera. Junto con dicha factura se aportan también fotos del vehículo siniestrado.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de marzo de 2004 la instructora dirige escrito al reclamante por el que le requiere para que mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversa documentación (DNI y permiso de conducir del conductor, permiso de circulación y póliza de seguro, tarjeta de inspección técnica y factura de reparación del vehículo, certificación bancaria en la que se haga constar el código de cuenta cliente del reclamante, así como declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente). Asimismo se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

El reclamante atiende el requerimiento mediante la presentación, el 22 de abril de 2004, de la siguiente documentación:

- a) Escrito suscrito por D. R. M. O., quien conducía el vehículo en el momento de ocurrir el accidente, en el que describe las circunstancias en las que éste se produjo.
- b) Fotocopias compulsadas del documento nacional de identidad y del carnet de conducir del Sr. M..

- c) Fotocopia compulsada del permiso de circulación, tarjeta de inspección técnica y póliza de seguro correspondientes al automóvil siniestrado.
- d) Fotocopia compulsada del Código de Identificación Fiscal de la mercantil “I. M. A., S.L.”.
- e) Fotocopia compulsada de escritura de apoderamiento a favor de D. E. P. S..
- f) Fotocopia compulsada de la factura de reparación.
- g) Certificado de Caja Murcia relativo a la cuenta que en dicha Entidad tiene suscrita “I. M. A., S.L.”.

Finaliza su escrito solicitando se requiera a la Guardia Civil de Tráfico de Cartagena para que aporte el atestado que instruyó como consecuencia del accidente origen de la reclamación.

TERCERO.- Incorporado el atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico de Cartagena, de él se destaca, a los efectos que aquí nos ocupan, los siguientes extremos:

- El accidente ocurrió en el kilómetro 8 de la carretera N-332 (Cartagena-Valencia).
- La causa de dicho accidente fue la colisión contra piezas de hormigón caídas en la calzada.
- En el momento de personarse la fuerza instructora en el lugar del accidente, *“se hallaba en el mismo una dotación de conservación de carreteras de E., los cuales habían retirado sobre la mediana terriza, tres piezas de hormigón de unos 30 cms. de largo por unos 15 cms. de alto y ancho, con gravilla de hierro en su interior y un agujero central; siendo estas piezas de hormigón de las utilizadas para cerramientos temporales con valla metálica en las obras y construcciones”*.

CUARTO.- Solicitado informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, éste es emitido con fecha 25 de marzo de 2004, destacando de su contenido lo siguiente:

- El valor venal del vehículo en la fecha del accidente se cifra, aproximadamente, en 14.319 euros.
- La cantidad reclamada de 810,50 euros se considera correcta a tenor de los daños que se alega sufrió el vehículo.

QUINTO.- A requerimiento de la instructora, la Dirección General de Carreteras envía informe en el que se afirma que *“el tramo de carretera a la que se refiere el reclamante no es competencia de esta Dirección General, por lo que deberá dirigir la Reclamación Patrimonial al Ministerio de Fomento”*.

Con fecha 25 de septiembre de 2006 la instrucción dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio por falta de legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 3 de octubre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación para reclamar.

El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP. No obstante, es necesario hacer unas consideraciones expresas relativas a las siguientes cuestiones:

1ª. Producido un cambio en la instructora del procedimiento dicha circunstancia ha de ponerse en conocimiento del interesado, al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

2ª. Se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses. En efecto, en la tramitación del expediente, que no presenta dificultad alguna de instrucción, se han invertido más de dos años, sin que, aparentemente, concurren circunstancias que lo justifique.

La acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en la mercantil "I. M. A., S.L.". Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, con la copia de poder notarial otorgado a favor del letrado Sr. P. S.

Sin embargo, en lo que se refiere a la legitimación pasiva, coincide este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución, en que, a la vista de las actuaciones sometidas a consulta, la Administración autonómica no lo está, por cuanto como se infiere del informe de la Dirección General de Carreteras, la titularidad de la carretera en la que ocurrieron los hechos no es autonómica, sino estatal. Dicha falta de legitimación es bastante para desestimar la solicitud, conforme al artículo 139 LPAC; todo ello sin perjuicio de que la reclamante pueda hacer valer su derecho frente a la Administración titular de la carretera en la que se originaron los daños.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, en el expediente tramitado como consecuencia de la reclamación formulada por la mercantil "I. M. A., S.L.".

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 49/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. C. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 18/04/07

Extracto de Doctrina

Tanto la doctrina del Consejo de Estado como la de este Órgano Consultivo (por todos, Dictamen núm. 86/2005) vienen reconociendo la indemnizabilidad de los daños sufridos con ocasión de la utilización de las vías públicas en caso de accidentes provocados por colisiones contra piedras existentes en la carretera, por cuanto la Administración viaria tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, generando el incumplimiento de este deber un nexo causal entre la omisión administrativa y los perjuicios sufridos por tal motivo; y en el supuesto que nos ocupa del atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico cabe apreciar que el accidente ocurrido se debió a la colisión del vehículo, propiedad del reclamante, contra una piedra de grandes dimensiones que se encontraba en la calzada, sin que concurrieran otros elementos coadyuvantes imputables al conductor, tales como embriaguez, exceso de velocidad o falta de atención, todo lo cual lleva a este Consejo Jurídico a entender que concurre prueba suficiente de los presupuestos esenciales exigibles para el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración viaria.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 27 de febrero de 2001, D. F. J. C. R. mediante correo certificado envía a la Demarcación de Carreteras de Murcia, perteneciente al Ministerio de Fomento, escrito solicitando el abono de los gastos de reparación de los desperfectos materiales sufridos por el vehículo de su propiedad, Opel Corsa, X., como consecuencia del accidente sufrido por su hijo, F. C. S., el día 28 de febrero de 2000. Según relata el reclamante, el percance ocurrió cuando el Sr. C. S. circulaba por la carretera de Fuente Álamo a Cartagena y colisionó con una piedra de unos 15 Kgs. que se encontraba en su carril de circulación, sin que existiese ninguna señal que advirtiera de su presencia. Manifiesta acompañar a su reclamación copia de la factura de la reparación de los daños sufridos, por un importe de 113.396 pesetas (681,52 euros). Asimismo indica que la Guardia Civil de Cartagena levantó atestado del accidente.

Solicita el reembolso del importe de la reparación del vehículo, al considerar que los daños sufridos se derivan directamente de una omisión por parte de la Administración del deber que le incumbe de mantenimiento y vigilancia del buen estado de las carreteras de su titularidad.

SEGUNDO.- Al ser la carretera en la que ocurrieron los hechos de titularidad regional, la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia remitió la reclamación formulada por el Sr. C. R. a la Dirección General de Carreteras de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, en donde tuvo entrada el día 29 de marzo de 2001.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación, la instructora solicita del interesado que mejore su solicitud mediante la aportación de los siguientes documentos:

- 1.- *Permiso de circulación del vehículo accidentado, matrícula X..*
- 2.- *Permiso de conducción de la persona que conducía el citado automóvil en el momento del accidente.*
- 3.- *Póliza de seguro obligatorio del automóvil en la fecha del accidente.*
- 4.- *Documentación acreditativa de la evaluación económica de los daños (facturas, informes periciales, presupuesto...etc.).*
- 5.- *Fotografías del lugar del accidente. Indíquese el punto kilométrico exacto de la vía donde éste tuvo lugar.*
- 6.- *Fotografías, en su caso, del vehículo accidentado antes de su efectiva reparación.*
- 7.- *Declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia del accidente objeto de este expediente, procedente de Administración, organismo o entidad de carácter publico o privado.”*

El requerimiento es atendido por el Sr. C. M. mediante escrito fechado el 4 de junio de 2001 en el que manifiesta que:

1. La titularidad del vehículo siniestrado; la existencia del permiso de conducir y su vigencia; la existencia de póliza de seguro para el vehículo; así como la indicación del punto kilométrico exacto en el que ocurrió el accidente, vienen debidamente acreditados en el atestado núm. 132/00 que instruyó la Guardia Civil de Cartagena.
2. La factura acreditativa de los gastos que le ocasionó la reparación de su automóvil ya se acompañó al escrito de reclamación.
3. No dispone de fotografías de los daños sufridos.
4. Presta juramento de no haber percibido indemnización alguna con motivo del accidente origen de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 10 de abril de 2001 la instructora dirige escrito a la Guardia Civil de Cartagena solicitando el envío del atestado núm. 132/00, así como información sobre una serie de datos relativos al accidente sufrido por el Sr. C..

Por el Jefe Interino del Destacamento se envía copia del citado atestado, indicando que el original se encuentra en el Juzgado de Instrucción núm. 8 de los de Cartagena.

De las diligencias practicadas por la Guardia Civil se desprende que el accidente era cierto y real y que éste se había producido al colisionar el vehículo con una piedra de considerable dimensiones (unos 15 Kgs.). Asimismo cabe deducir que como consecuencia del siniestro el vehículo sufrió daños, ya que la fuerza actuante afirma que el neumático izquierdo se reventó y que el coche quedó finalmente volcado en la cuneta sobre su lado derecho. Finaliza el atestado señalando como causa del accidente la *“existencia de un obstáculo en el carril derecho de la vía (piedra de 15 kgs. aproximadamente en el carril derecho)”*.

QUINTO.- El 11 de mayo de 2001, la instructora solicita de la Dirección General de Carreteras informe acerca de diversas circunstancias técnicas con incidencia en la determinación de la eventual existencia de responsabilidad.

Como contestación a las cuestiones planteadas por la instructora, se incorpora al expediente escrito de la citada Dirección, en el que se afirma lo siguiente:

“1.- La carretera MU-602 es competencia de la Comunidad Autónoma de Murcia.

2.- Se ignora la procedencia de la roca que supuestamente ocasionó el accidente.

3.- Los Servicios de Conservación de Carreteras no tuvieron conocimiento del obstáculo sobre la vía ni procedieron a su retirada, ni fueron avisados por la Guardia Civil de Tráfico, ni siquiera cuando se levantó el atestado, como es habitual en estos casos para eliminar el obstáculo de la calzada.

4.- No se puede determinar una relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento público de Carreteras, dado que los hechos ocurrieron a las 4,00 horas y en ningún momento se tuvo conocimiento de esta circunstancia, por lo que es de suponer que la roca no debió estar mucho tiempo en la calzada.

5.- En la reclamación se indica que los hechos ocurrieron en el P.K. 14 de la Ctra. MU-602, y que dicho punto corresponde al término municipal de Fuente Álamo. Habiendo visitado el lugar, se ha comprobado que corresponde al término municipal de Cartagena”.

SEXTO.- Según se desprende de los antecedentes, que obran en el expediente, la instructora solicitó del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Cartagena, la remisión del testimonio íntegro de las actuaciones seguidas con motivo del accidente sufrido por el hijo del reclamante, del que se levantó atestado que fue remitido, en su momento, a dicho Juzgado.

A pesar de que el requerimiento fue reiterado no consta el expediente contestación alguna del citado órgano judicial.

SÉPTIMO.- Con fecha 16 de julio de 2003 la instructora dirige escrito al reclamante notificándole la apertura del trámite de prueba, a fin de que aporte determinados documentos, entre los que se menciona la factura de la reparación del vehículo, porque a pesar de lo que se afirma en el escrito de reclamación dicha factura no figura adjunta.

Al resultar infructuosa la notificación, se procede a efectuarla mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 69, de 24 de marzo de 2004. Asimismo se envía escrito al Excmo. Ayuntamiento de Cartagena para que se lleve a cabo la notificación mediante Agente de la Corporación Local, y para el caso de que tampoco así se pudiera efectuar, que se actúe a tenor de lo previsto en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), mediante anuncios en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento. Por la Policía Local se remite diligencia en la que se hace constar la imposibilidad de practicar la notificación por no figurar el reclamante empadronado y resultar desconocido en el que había sido su domicilio. No aparece, sin embargo, el certificado de la Corporación Local acreditativa de haber llevado a cabo la exposición en el tablón de anuncios a tenor de lo solicitado por la instructora y dispuesto por la LPAC.

OCTAVO.- Con fecha 20 de abril de 2006 se confiere un nuevo trámite de audiencia al interesado, que esta vez se notifica ateniéndose fielmente a las prescripciones del artículo 59.5 LPAC, es decir, procediendo a su publicación en el BORM (en el número 118, de 24 de mayo de 2006) y a su exposición en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Cartagena, según se acredita con diligencia extendida por el Secretario de dicha Corporación Local, fechada el 1 de junio de 2006.

Seguidamente la instructora dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio ya que si bien admite la obligación de la Administración de mantener las carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede garantizada, considera que este deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible. Por otro lado, también afirma que no ha quedado acreditada la producción del daño, pues pese a afirmarse en la reclamación que se adjuntaba la factura de reparación del vehículo, lo cierto es que no venía unida al escrito.

Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 21 de septiembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

D. F. J. C. R. ostenta legitimación activa, puesto que ha acreditado en el expediente ser el propietario del vehículo presuntamente dañado.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En cuanto al cumplimiento del plazo la solicitud de reclamación se presentó en la Oficina de Correos, dirigida a la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia, en fecha 27 de febrero de 2001, dentro del plazo de un año, puesto que el accidente tuvo lugar, según el atestado de la Guardia Civil de Tráfico, el día 28 de febrero de 2000. La Demarcación de Carreteras remite la reclamación –en fecha 23 de marzo de 2001– a la Dirección General de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ya que la carretera MU-602 no forma parte de la red viaria de titularidad estatal, sino de la de titularidad autonómica. Con fecha del siguiente día 26 la Demarcación pone esta circunstancia en conocimiento del interesado. Así pues, a tenor de lo establecido en el artículo 38.4 LPAC, la reclamación ha de considerarse deducida en plazo.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que los servicios de conservación y vigilancia de la vía donde ocurrió el accidente no actuaron diligentemente de modo que se garantizara la seguridad en la circulación. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

Cabe ya adelantar que este Consejo Jurídico no comparte el parecer expresado por la instructora en su propuesta de resolución, y entiende que procede estimar la pretensión deducida por el reclamante.

En efecto, se basa la propuesta para desestimar la reclamación en dos circunstancias. La primera de ellas vendría dada por la inexistencia de vinculación causal de la lesión patrimonial invocada con el funcionamiento del servicio público viario, al que no puede exigírsele razonablemente una vigilancia tan intensa que garantice que el tráfico en una calzada esté constantemente libre y expedito. Pues bien, tanto la doctrina del Consejo de Estado como la de este Órgano Consultivo (por todos, Dictamen núm. 86/2005) vienen reconociendo la indemnizabilidad de los daños sufridos con ocasión de la utilización de las vías públicas en caso de accidentes provocados por colisiones contra piedras existentes en la carretera, por cuanto la Administración viaria tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, generando el incumplimiento de este deber un nexo causal entre la omisión administrativa y los perjuicios sufridos por tal motivo; y en el supuesto que nos ocupa del atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico cabe apreciar que el accidente ocurrido se debió a la colisión del vehículo, propiedad del reclamante, contra una piedra de grandes dimensiones que se encontraba en la calzada, sin que concurrieran otros elementos coadyuvantes imputables al conductor, tales como embriaguez, exceso de velocidad o falta de atención, todo lo cual lleva a este Consejo Jurídico a entender que concurre prueba suficiente de los presupuestos esenciales exigibles para el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración viaria.

La segunda razón sobre la que se asienta la propuesta desestimatoria es la falta de acreditación de la producción del daño, porque -se afirma- no se aporta factura de los

gastos producidos por la reparación del vehículo, a pesar de que el interesado afirma en su reclamación que la adjuntaba. Tampoco comparte el Consejo la apreciación de la instructora en relación con esta cuestión. La existencia de daño se desprende indubitadamente del atestado antes mencionado, en el que la fuerza instructora afirma que como consecuencia de la colisión el neumático izquierdo (se supone que el delantero, aunque este detalle no se especifica) reventó, añadiendo que el vehículo quedó volcado sobre la cuneta. La reparación de estos daños son valorados por el interesado en 113.396 ptas. (681,52 euros), según factura que dice acompañar, como documento núm. 1 a su escrito de reclamación. Sin embargo, la instructora afirma que la factura no obra en el expediente. Varias son las circunstancias que pudieron dar lugar a tal ausencia: un error del reclamante; un extravío en la Demarcación de Carreteras del Estado o en la operación de remisión de la documentación desde este organismo hasta la Dirección General de Carreteras o, incluso, en este último centro directivo. Es cierto que la instrucción requirió en tres ocasiones al interesado su aportación, pero la primera vez lo hace en sentido genérico, sin especificar que se ha detectado su ausencia a pesar de que se afirma su remisión, por lo que el reclamante se limita a afirmar que dicho documento ya obra en poder de la Administración. Las otras dos veces, en las que sí se advierte de esta circunstancia, la notificación se practica mediante anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento y publicación en el BORM, lo cual permite tener por cumplimentada la obligación de la Administración de notificar, pero por su carácter de notificación ficticia no puede afirmarse que la falta de aportación de la factura o de su duplicado, constituya evidencia de su inexistencia, o de la voluntad del interesado de no aportarla.

Por lo anterior, resulta procedente dictar resolución estimatoria de las pretensiones deducidas por el reclamante, en la que la que se recogerá expresamente que el pago de la indemnización solicitada queda supeditado a la aportación del documento justificativo del pago del importe de la reparación.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, ya que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con la reclamación formulada por D. F. J. C. R., al haber quedado acreditada la presencia de los requisitos legalmente previstos para ello, debiendo satisfacer al interesado la cantidad de 681,52 euros, previa incorporación al expediente de la correspondiente factura de haber hecho efectivo dicho importe.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 50/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 18/04/07****Extracto de Doctrina**

1. *La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidas durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.*

2. *La sentencia de 27 de julio de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recuerda que ya la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de mayo de 1999 reconoce que el riesgo de lesión de uréter por intervención ginecológica es previsible pero no por ello inevitable.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo Jurídico ya conoció de la reclamación presentada por D. E. P. H., emitiendo el Dictamen 50/2006, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones. Se considera útil, no obstante, recordar los términos de la reclamación y los informes médicos obrantes en el expediente.

SEGUNDO.- Según la reclamante, el día 18 de agosto de 1999 acudió al Hospital Virgen de la Arrixaca por presentar dolor hipogástrico, diagnosticándole útero miomatoso ligeramente doloroso, siendo alta dos días más tarde.

El 21 de octubre siguiente ingresó para operación programada de histerectomía por mioma uterino, siendo intervenida ese mismo día.

En el segundo día del postoperatorio, presentó aumento de ruidos intestinales así como abdomen timpánico, por lo que se le dejó sondaje rectal intermitente. En los días siguientes, la paciente sigue presentando dolor abdominal y distensión, así como náuseas y vómitos.

El 26 de octubre, ante la persistencia de los dolores, desde planta se avisó al ginecólogo de guardia, hasta tres veces, sin conseguirlo, por lo que se avisó a la puerta de urgencias acudiendo la Dra. C. (ginecóloga que efectuó la histerectomía) y el Dr. M..

Al día siguiente, fue visitada por los respectivos cirujanos de guardia y así en los sucesivos días, presentando siempre el mismo cuadro clínico: dolor, malestar general, ruidos y ligero chapoteo en flanco izquierdo.

Fue dada de alta el 5 de noviembre por el Servicio de Ginecología, quedando pendiente de valorar por Cirugía General, donde fue diagnosticada de “*ileo paralítico*” y dada de alta tres días más tarde, el 8 del mismo mes.

Al día siguiente, la reclamante tuvo que acudir de urgencia al Hospital Virgen de la Arrixaca por presentar dolor lumbar izquierdo, siendo diagnosticada de cólico nefrítico izquierdo más infección del tracto urinario, siendo enviada a casa.

El 11 de noviembre, comoquiera que continuaba con el mismo dolor en costado izquierdo, acudió a urgencias del Hospital Morales Meseguer donde le detectaron ureterohidronefrosis grado II-III izquierda con sospecha de urinoma, por lo que se le realiza nefrostomía percutánea izquierda con anestesia local, con toma de orina para cultivo, objetivándose “stop” a nivel de articulación sacroilíaca izquierda, sugestivo de compresión extrínseca. Sin complicaciones inmediatas, pasa a UCI para control postoperatorio. Fue alta el 15 de noviembre, pero teniendo que llevar implantada en su cuerpo una bolsa para evacuar la orina, siendo remitida a su urólogo de zona.

El 13 de enero de 2000, la reclamante ingresa en el Hospital Morales Meseguer para cirugía programada de doble reimplante ureteral izquierdo, recibiendo el alta trece días más tarde.

TERCERO.- Con base en los hechos expuestos, la paciente interpone, el 16 de abril de 2003, reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional. Según afirma la reclamante, en el procedimiento penal seguido (consta en el expediente Auto de archivo de la causa, notificado el 26 de abril de 2002) declaró como imputada la Dra. C., ginecóloga que intervino a la enferma, manifestando “... *que durante la intervención al retirar el mioma se produjo un lecho sangrante y, al producir la hemostasia para acabar con la hemorragia, puede ser que se produzca alguna oclusión del uréter o en este caso de los uréteres de ahí que se pueda hablar de oclusión iatrogénica (causada por el médico). Que la complicación surgida no dio clínica en el período en que la declarante vio a la paciente, siendo hasta ese momento su evolución normal. Que no volvió a tener noticias de la paciente hasta que recibe la citación de la denuncia y que en la hoja de consentimiento informado no se recoge específicamente esa complicación.*” Sigue la reclamante que, según la propia literatura científica aportada por ella misma ante el Juzgado, esta lesión es típica y por tanto previsible y evitable con una técnica adecuada.

El informe de urografía intravenosa y ecografía de abdomen realizado el 30 de noviembre de 1999 indica como conclusión “*doble sistema pielocalicial con uropatía obstructiva de ambos sistemas de causa iatrogénica.*”

Manifiesta la reclamante que, si unimos este informe con la literatura científica anterior, resulta obvio que la obstrucción (estenosis) fue causada por la Dra. C. tras extirpar el mioma y producirse la hemorragia, al cortar ésta mediante sutura, de forma que no sólo suturó los vasos que sangraban sino también los uréteres, con su consiguiente estenosis.

Además, tras la intervención la paciente presenta síntomas claros de dicha patología: dolor abdominal difuso, íleo paralítico y gran malestar general, síntomas que coinciden con los recogidos por la literatura científica aportada.

Sigue manifestando que no es cierto que la Dra. C. no volviera a tener noticias de la paciente desde que la operó hasta la denuncia, pues el día 26 de octubre de 1999, según la hoja de enfermería, la visitó de urgencia, por lo que entiende que debió haber sospechado lo que le ocurría.

Por último, indica que el consentimiento informado que firmó no reúne los requisitos mínimos exigibles, carece del nombre y firma del facultativo, no explica la naturaleza de la intervención ni sus consecuencias seguras, ni los riesgos típicos, ni los personalizados. Además, es de la misma fecha que el día de la intervención, lo que implica que, a pesar de ser una intervención programada, se le presentó el documento a la firma pocos minutos antes de entrar a quirófano, como un mero trámite o formalidad.

Por todo ello considera que existe un daño causado por el médico durante la intervención, que no existió un control postoperatorio adecuado a la sintomatología que presentaba y, por lo tanto, no se detectó la complicación surgida, solicitando una indemnización por importe de 39.300 euros, cantidad en la que valora los daños sufridos y que concreta en los siguientes:

a) Perjuicio estético derivado de las cicatrices generadas en las intervenciones que fueron precisas para corregir la situación producida por la oclusión de los uréteres.

b) Daños psicológicos derivados de los prolongados períodos de baja laboral, durante los cuales hubo de portar por espacio de 63 días una bolsa de orina sujeta a la cintura, que considera como improductivos.

CUARTO.- Para corregir la complicación derivada de la operación a la que se había sometido, es intervenida por el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer de Murcia, cuyo informe es del siguiente tenor literal:

“Paciente mujer de 36 años de edad que ingresó en nuestro servicio para cirugía programada de doble reimplante ureteral izquierdo tras haber sido intervenida tres semanas antes de histerectomía abdominal en otro centro. Se realizó nefrostomía como paso previo a dicha cirugía y el día 14-1-00 se realizó reimplante ureteral izdo. tipo Wallace a vejiga psicoica, tras un postoperatorio sin incidencias y dada la buena evolución de la paciente fue dada de alta (ver informes clínicos previos).

Posteriormente y según consta en su historia clínica ha sido revisada en Consultas Externas (8-2-00) encontrándose bien y realizándose Urografía Intravenosa que demuestra el normal morfofuncionalismo del riñón izdo. El 5-7-00 relataba síntomas de inestabilidad vesical por lo que se prescribieron anticolinérgicos. El 10-1-01 además refería molestias neuríticas en extremidad inferior izquierda.

Se han emitido diferentes informes de situación clínica de la paciente que constan en su expediente, el último el 20-9-02 donde se refleja que la paciente se encuentra bien y en las urografías no se objetivan problemas en su aparato urinario que no sean aquellas alteraciones derivadas de la cirugía, desde entonces no precisa revisiones”.

QUINTO.- El informe del Servicio de Cirugía General del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, que revisó a la paciente en el postoperatorio inmediato, se expresa en los siguientes términos:

“La paciente D. E. P. H. fue valorada a requerimiento del Servicio de Ginecología por presentar distensión abdominal y dificultad para ventosear y defecar. El día 26 de noviembre fue valorada por el cirujano de guardia advirtiendo un cuadro clínico y radiológico compatible con íleo paralítico postoperatorio. Dicho cuadro, una vez comentada la paciente con Ginecología, y dados los antecedentes quirúrgicos de la misma, se etiquetó como postoperatorio en relación a un sangrado quirúrgico. Este cuadro clínico es absolutamente inespecífico, y típico y frecuente en la cirugía abdominal como a la que fue sometida la paciente. A tal efecto se dejó en dieta absoluta y fue valorada diariamente por el equipo quirúrgico de guardia advirtiéndose una mejora progresiva de la clínica de la enferma, asociada asimismo a una mejora radiológica.

En el momento del alta por parte de Cirugía la enferma ventoseaba y defecaba, el abdomen era anodino a la exploración física y la radiología de abdomen era normal”.

SEXTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, ésta indica que:

“La presencia de fiebre inexplicable de otra manera, de molestias en el flanco, distensión abdominal y leucocitosis, aisladas o en combinación, harán que se sospeche este accidente (lesión ureteral) y que se soliciten Ecografía y/o Urografía para confirmarlo o descartarlo. La paciente presenta los síntomas desde el postoperatorio inmediato, aunque también en un principio era un cuadro clínico compatible con íleo paralítico postoperatorio (...) **CONCLUSIÓN:**

Los informes de alta del Hospital Morales Meseguer de fecha 26-1-00, el informe de los profesionales del HMM, el informe de Urografía intravenosa realizado el 30-11-99, la propia declaración de la Dra. C. y la historia clínica, evidencian la existencia de la lesión iatrogénica de uréter con una más que evidente relación causal con la intervención de histerectomía, por lo que se propone la estimación de la presente reclamación indemnizatoria”.

SÉPTIMO.- La aseguradora del Servicio Murciano de Salud aporta dos dictámenes médicos, ambos de fecha 3 de octubre de 2005. El primero de ellos concluye:

“1. A la paciente se le practicó, previa firma de consentimiento informado, una histerectomía simple debido a un mioma uterino de gran tamaño.

2. A la paciente se le había practicado con anterioridad una Urografía IV donde se observaba la existencia de una duplicación ureteral izquierda.

3. El conocimiento previo a la histerectomía de una duplicación ureteral no implica que se tengan que tomar precauciones adicionales ni la modificación de la técnica quirúrgica.

4. La paciente durante el postoperatorio presentó un cuadro que fue diagnosticado de íleo adinámico o paralítico, que fue tratado y resuelto de forma conservadora. No presentó ningún síntoma o signo que hiciera sospechar la existencia de una lesión ureteral.

5. El dolor cólico lumbar que presentó la paciente y la uropatía obstructiva que se diagnosticó posteriormente fue debido a una lesión ureteral producida durante la histerectomía y que pasó desapercibida.

6. La lesión ureteral está ampliamente descrita en la literatura médica y es una complicación relativamente frecuente en los procedimientos ginecológicos (entre el 0'4 %

y el 14%) y únicamente es descubierta durante el acto operatorio en el 7-10 % de las ocasiones.

7. La lesión ureteral se trató de forma correcta mediante reimplantación en la vejiga, presentando la paciente en las revisiones una morfofunción renal izquierda dentro de la normalidad.

8. La actuación de todos los profesionales implicados en el caso fue totalmente correcta, ajustándose al “estado del arte” de la medicina y cumpliendo en todo momento con la “Lex Artis ad hoc.”

El segundo informe, tras recibir el de la Inspección Médica, puntualiza algunos puntos de éste, como:

– La paciente no presentó fiebre en el postoperatorio.

– La distensión abdominal y la leucocitosis se suelen producir en las lesiones iatrogénicas en las que se produce extravasado de orina al peritoneo. La orina irrita el peritoneo produciendo una parálisis del intestino (íleo paralítico) y una peritonitis química que produce la elevación de la cifra de leucocitos en la sangre (leucocitosis). En estos casos, generalmente la orina sale de la cavidad peritoneal al exterior a través de la sutura del muñón vaginal, siendo un signo de alarma de la existencia de una posible lesión ureteral o vesical.

– En este caso, la distensión y dolor abdominal debido a un íleo adinámico que presentó la paciente no pudo ser debido a extravasación de la orina al peritoneo, ya que la lesión ureteral fue por ligadura no por sección.

– El íleo paralítico es probablemente la complicación más frecuente de la cirugía abdominal y su causa es multifactorial. Se trata mediante reposo digestivo y suele evolucionar favorablemente. La paciente fue explorada en varias ocasiones por varios cirujanos, coincidiendo todos en el diagnóstico de íleo paralítico sin causa objetivable. El cuadro clínico se resolvió en unos días de forma favorable.

– La leucocitosis es una reacción del organismo ante una agresión, que puede ser: infecciosa, por estrés físico o emocional, causas hematológicas, tumores, fármacos, etc. Una intervención quirúrgica es una agresión física importante. En el postoperatorio inmediato el médico valorará la magnitud de la leucocitosis y si existen signos y síntomas que indiquen una causa concreta de dicha alteración. En este caso la exploración abdominal realizada por cirujanos expertos, en varias ocasiones y en varios días no detectaron ninguna causa anormal.

– Durante el postoperatorio inmediato la paciente no presentó ningún signo o síntoma específico que hiciera pensar en una posible lesión ureteral iatrogénica”.

El informe termina remitiéndose a las conclusiones del anteriormente emitido.

OCTAVO.- Tras remitir estos informes a la Inspección Médica, la instructora le solicita un informe complementario. En éste, si bien reconoce que es imposible prever en todos los casos una lesión ureteral, la Inspección afirma que “se entiende que conociendo la relativa frecuencia de lesiones ureterales que se produce en las intervenciones ginecológicas, en el momento de la práctica clínica se extreme el cuidado para que no se produzca. Considero que no hubo negligencia de los profesionales, en el caso de la Sra. P. la doble vía

ureteral junto con la hemorragia intraoperatoria pudo dificultar que no ocurriera la lesión ureteral.

No obstante, como consecuencia de las actuaciones médico-quirúrgicas realizadas, sufrió la paciente la lesión ureteral, apreciando la existencia de una relación causa efecto presumiblemente única y directa entre ambos.

El diagnóstico tras la intervención como también se ha dicho depende de los síntomas y del momento de aparición de éstos lo que varía según el tipo de lesión en el uréter y si se trata de un riñón único o ligadura bilateral.

No se discute que la clínica de la Sra. P. dio lugar a profesionales distintos a no diagnosticar en primera instancia la lesión ureteral y que en el momento de su diagnóstico se actuó con absoluta diligencia resolviéndose sin secuelas en el aparato urinario.

CONCLUSIONES: me remito a las conclusiones de mi informe previo”.

NOVENO.- Tras el oportuno trámite de audiencia, del que ninguno de los interesados hizo uso, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación y se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen. Éste, con el número 50/2006, concluye que no existe vulneración del derecho a la información previa al consentimiento de la paciente y acuerda la necesidad de completar la instrucción del procedimiento, para lo que habrá de solicitarse un informe complementario de la Inspección Médica, para aclarar determinados extremos contenidos en sus informes previos que, a juicio del Consejo Jurídico, contenían aparentes contradicciones.

Asimismo, se requería a la instructora del procedimiento que recabara de la representación letrada del Servicio Murciano de Salud (SMS) el estado en que se encuentra el procedimiento contencioso-administrativo seguido contra la desestimación presunta de la reclamación.

DÉCIMO.- Solicitada dicha información a las unidades administrativas competentes, el SMS comunica que el procedimiento contencioso-administrativo (Procedimiento Ordinario 481/2004, seguido ante la Sala del referido orden del Tribunal Superior de Justicia de Murcia) se encuentra en fase de proposición de prueba.

Por su parte, la Inspección Médica contesta a las diversas cuestiones planteadas por el Consejo Jurídico en el precitado Dictamen, mediante informe que se expresa en los siguientes términos:

“A) Si considera que hubo infracción de la lex artis had hoc en la ligadura ureteral ocurrida durante la intervención de histerectomía.

La lex artis ad hoc es la buena práctica profesional de acuerdo a criterios generales admitidos por la profesión, aplicada a cada caso particular, teniendo en cuenta los factores tiempo, lugar, persona, circunstancias, etc. que se dan en cada paciente.

La Sra. P. fue intervenida como verificamos en el protocolo de la intervención según la técnica habitual y corroborando el testimonio de la Ginecóloga que la operó, al retirar el mioma se produjo un lecho sangrante por lo que se realizó una hemostasia cuidadosa. Considero prioritario reducir el lecho sangrante, y que esta circunstancia, a pesar de llevar a cabo la intervención con la cautela requerida, facilitara la ligadura ureteral, no produciéndose infracción de la lex artis.

B) Si considera que existe infracción de la lex artis cuando no se detecta la referida lesión ureteral durante el postoperatorio inmediato e incluso al día siguiente al alta hospitalaria, cuando la paciente vuelve a consultar y se le diagnostica un cólico nefrítico izquierdo.

En el postoperatorio inmediato razono que no se produjo infracción de la lex artis porque es admitido por la literatura científica el difícil diagnóstico si no se piensa en esta posibilidad y esto está justificado por la clínica que presentó la Sra. P. que era compatible con el diagnóstico que se hizo de íleo paralítico, por otra parte frecuente tras cirugía abdominal, no presentando fiebre ni anuria postoperatoria.

C) Si la lex artis aconsejaba, dadas las circunstancias de la paciente, efectuar las pruebas diagnósticas que se contienen en el primer informe de la Inspección (Ecografía y/o Urografía) y, de ser así, en qué momento del postoperatorio debían haber sido efectuadas.

Sin embargo al día siguiente cuando vuelve a consultar y se le diagnostica un cólico nefrítico + infección del tracto urinario, recogiendo en los antecedentes la intervención realizada días antes, atendiendo a la Guía de indicaciones para la correcta solicitud de pruebas de diagnóstico por imagen y a la evidencia de que ante los mismos síntomas la Ecografía fue la prueba precisa para llegar al diagnóstico, considero que en ese momento, el día 10 de noviembre de 1999, cuando la paciente acude al Servicio de Urgencias, estaba aconsejado el empleo de la Ecografía como exploración de urgencia.

D) Si la patología (ureterohidronefrosis grado II-III izquierda con sospecha de urinoma) diagnosticada en el momento del ingreso en el Hospital Morales Meseguer, pudo verse agravada y su solución dificultada por la tardanza en el diagnóstico de daño ureteral. Caso de ser afirmativa la respuesta, debería precisarse asimismo en qué medida.

En el presente caso la tardanza en el diagnóstico ha repercutido en el tiempo de molestias físicas de la enferma, pero no ha influido en el agravamiento ni en la solución del daño ureteral que era el quirúrgico”.

UNDÉCIMO.- Remitida dicha documentación al Consejo Jurídico en solicitud de nuevo Dictamen, se comprueba que no consta en el expediente el traslado de dicho informe a los interesados (reclamante y Compañía Aseguradora del SMS), emitiéndose nuevo Dictamen, el 108/2006, que concluye afirmando la necesidad de dar un nuevo trámite de audiencia a los interesados y de formular una nueva propuesta de resolución.

DUODÉCIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia, únicamente hace uso del mismo la reclamante, para presentar alegaciones que acompaña de un detallado informe médico. En él el perito indica que:

“aunque no existe ninguna maniobra prequirúrgica o intraoperatoria que prevenga al 100 por 100 las lesiones ureterales, sí están establecidas una serie de medidas de precaución durante la histerectomía para evitar la ligadura de los uréteres. Estas maniobras son especialmente importantes cuando la intervención se realiza en una paciente cuyas peculiaridades la ponen en mayor riesgo de padecer una lesión ureteral. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con las pacientes que tienen un mioma cervical.

En este caso, según podemos ver en hoja protocolo quirúrgico, existía un mioma de 8 x 6 cm. que ocupaba todo el fondo de Douglas, y que desplazaba el parametrio izquierdo. En

esta situación, es evidente que se debe realizar una disección muy cuidadosa, ya que la ubicación del mioma deforma la anatomía normal y hace más probable una lesión ureteral.

Por la localización de la lesión del uréter en la urografía, se puede deducir que se produjo la lesión en algún momento durante el pinzamiento del parametrio izquierdo. Una de las maniobras que se realiza siempre para evitar la lesión ureteral es el despegamiento y separación de la vejiga tan lejos como sea posible, traccionando del útero al mismo tiempo hacia arriba. Después de realizar el pinzamiento y sección del parametrio, se visualiza el uréter en su trayecto superior, para comprobar que sigue presentando el movimiento peristáltico característico, lo que indica que se encuentra indemne. En caso de que el uréter haya sido atrapado accidentalmente, deja de moverse, por lo que no se puede apreciar su movimiento. Cuando esto ocurre, se debe sospechar que el uréter ha sido atrapado, y se debe proceder a su reparación intraoperatoria inmediata. En este caso, no consta que se realizara esta visualización del uréter izquierdo durante la cirugía.

Por otra parte, el postoperatorio de la paciente no cursa con normalidad.

En primer lugar, se produce un descenso considerable del hematocrito, que probablemente está causado por la hemorragia operatoria, y que se recupera con la transfusión de dos concentrados hematíes.

En segundo lugar, la paciente presenta un cuadro del dolor abdominal que parece apuntar a una obstrucción intestinal aunque no queda claro el diagnóstico a lo largo de toda la evolución. Como consecuencia de este cuadro que presentaba la paciente, con dolor abdominal y distensión, fue valorada por el servicio de cirugía en numerosas ocasiones, y se le realizaron diversas radiografías. Pero no se hizo una ecografía abdominal, que hubiera mostrado con total seguridad la existencia de una hidronefrosis izquierda, por tal obstrucción uréteral izquierda.

Creo que esta posibilidad habría que haberla sospechado, debido al tipo de cirugía al que fue sometida la paciente (histerectomía total simple en un útero con un mioma cervical de 8 x 6 cm.).”

Concluye el informe en los siguientes términos:

“1. D E. P. H. fue sometida a una histerectomía abdominal el día 21 de octubre de 1999.

2. En esa intervención existía un riesgo especial de lesionar el uréter, debido a la existencia de un mioma cervical de 8 x 6 cm.

3. Durante la intervención se produjo la ligadura del uréter, sin que se detectara durante la intervención dicha lesión.

4. Posteriormente, el postoperatorio no fue normal, presentando dolor y distensión abdominal, y leucocitosis. La existencia de este cuadro hacía necesario descartar, entre otras patologías, la ligadura del uréter (y especialmente en este caso, por la localización del mioma). Sin embargo, no se realizó una ecografía abdominal, que habría detectado la obstrucción ureteral”.

En sus alegaciones, sustentadas por el antedicho informe, la interesada vuelve a incidir en las consideraciones y conclusiones alcanzadas por la Inspección Médica en sus reiterados informes, ratificando la pretensión indemnizatoria contenida en la reclamación.

DECIMOTERCERO.- Por la instrucción se da traslado de las alegaciones y del informe pericial a la Inspección Médica, en solicitud de un nuevo informe. En él, la Inspección afirma que las alegaciones de la reclamante apoyan lo manifestado en los anteriores informes inspectores, es decir, que *“consecuencia de las actuaciones médico-quirúrgicas realizadas, sufrió la paciente la lesión ureteral, apreciando la existencia de una relación causa-efecto presumiblemente única y directa entre ambos”*. Del mismo modo, la pericia aportada por la parte concluye en el mismo sentido que los anteriores informes de la Inspección: *“se entiende que conociendo la relativa frecuencia de lesiones ureterales que se produce en las intervenciones ginecológicas, en el momento de la práctica clínica se extreme el cuidado para que no se produzca”*.

DECIMOCUARTO.- Remitido el antedicho informe a los interesados, únicamente presenta alegaciones la reclamante, para insistir en la mala praxis médica de la intervención que derivó en la lesión ureteral y ratificar su pretensión indemnizatoria.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 27 de febrero de 2007, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

En tal estado de tramitación, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 16 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación, plazo para reclamar y tramitación.

Se dan por reproducidas las Consideraciones del Dictamen 50/2006, relativas a dichos extremos.

Una vez conferido el trámite de audiencia cuya omisión determinó que el Dictamen 108/2006 concluyera en la necesidad de cumplimentarlo, cabe considerar que el procedimiento se ha ajustado, en líneas generales, a lo dispuesto en sus normas reguladoras, sin que se aprecien carencias esenciales.

SEGUNDA.- De los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial en los supuestos de defectuosa asistencia sanitaria.

Cabe dar por reproducidas, igualmente, las consideraciones efectuadas en el Dictamen 50/2006.

Asimismo, procede remitirse a las consideraciones allí efectuadas en relación con la alegada vulneración del derecho de la paciente a la información previa al consentimiento, que el Consejo Jurídico estimó no acreditada.

TERCERA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

1. Pueden distinguirse dos tipos de actuaciones a las que la reclamante vincula el daño sufrido:

a) La primera, una incorrecta forma de proceder durante la intervención quirúrgica de histerectomía, en el curso de la cual se le produjo una ligadura ureteral.

b) La segunda, el retraso en el diagnóstico de la referida patología urológica, que no fue advertida durante los 19 días que permaneció ingresada en el Hospital Virgen de la Arrixaca ni cuando, con posterioridad, acude al mismo centro aquejada de fuertes dolores y se le diagnostica como cólico nefrítico. En este extremo, por tanto, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, o bien por ser los médicos que le atendieron incapaces de diagnosticarla con las pruebas practicadas. La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad y si los facultativos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que, como ya indicábamos en el Dictamen 50/2006, la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

En cualquier caso, la determinación de si ambas imputaciones generan el derecho de la interesada a ser indemnizada por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”, que actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la “*lex artis*” es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la “*lex artis*” venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

En definitiva, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la “*lex artis*” responde la Administración de los daños causados pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por la perjudicada.

Por lo tanto, analizar la praxis médica respecto a la intervención quirúrgica y su postoperatorio permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la “*lex artis*”.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidas durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

2. En el supuesto sometido a consulta, si bien la reclamante prescindió inicialmente de proponer prueba pericial alguna, posteriormente sí aporta un informe médico que pone de manifiesto la no constancia en el expediente de que, durante el desarrollo de la histerectomía, se realizara una maniobra que no sólo permite prevenir lesiones ureterales, sino también detectarlas intraoperatoriamente si se han producido de forma accidental. Asimismo, afirma que en el postoperatorio, atendida la cirugía a la que había sido sometida la paciente, y ante la presencia de síntomas sugestivos de lesión ureteral, debía descartarse dicha patología, para lo que bastaba realizar una ecografía abdominal, que no se practicó.

La aseguradora del Servicio Murciano de Salud, por su parte, aporta al procedimiento sendos informes médicos que, tras valorar la actuación de los profesionales sanitarios que atendieron a la paciente, no advierten infracción alguna de la *lex artis*.

La apreciación de estas pruebas debe ser efectuada con prudencia, pues aunque parten del análisis de la historia clínica a la luz de los conocimientos técnicos de sus autores, no dejan de ser informes de parte. Cabe recordar aquí que en el procedimiento administrativo rige el principio de la libre valoración de la prueba por parte del órgano decisorio con sujeción a las reglas de la sana crítica.

Especial atención requiere la actuación de la Inspección Médica que emite sucesivos informes:

a) En el primero aprecia *“una más que evidente relación causal”* entre la lesión iatrogénica de uréter y la histerectomía practicada a la paciente, por lo que propone la estimación de la reclamación indemnizatoria.

Respecto del no diagnóstico de la referida complicación quirúrgica, dirá que los síntomas que presentaba la interesada en el postoperatorio inmediato *“harán que se sospeche este accidente y que se soliciten Ecografía y/o Urografía para confirmarlo o descartarlo”*.

b) Sin embargo, tras un nuevo informe elaborado por el perito de la aseguradora, discrepante del de la Inspección Médica, ésta matiza los términos de su anterior dictamen, afirmando que *“no hubo negligencia de los profesionales”*, aun cuando también aprecie que *“conociendo la relativa frecuencia de lesiones ureterales que se produce en las inter-*

venciones ginecológicas, en el momento de la práctica clínica se extreme el cuidado para que no se produzca”.

En relación con el tardío diagnóstico de la patología de las vías urinarias concluye que *“no se discute que la clínica de la Sra. P. dio lugar a profesionales distintos a no diagnosticar en primera instancia la lesión ureteral y que en el momento de su diagnóstico se actuó con absoluta diligencia resolviéndose sin secuelas en el aparato urinario”*, tras lo cual se remite a las conclusiones de su informe previo, el cual, forzoso es recordarlo, proponía la estimación de la reclamación al entender existente una relación causal entre la intervención quirúrgica ginecológica y la afección de la doble vía ureteral izquierda de la reclamante.

c) Ante la aparente contradicción que dicha conclusión encierra, pues cuando se afirma que no hubo *“negligencia”* de la ginecóloga que operó a la interesada, parece indicarse que no hubo mala praxis médica, lo que excluiría la existencia de infracción de la *“lex artis”*, y en consecuencia no podría afirmarse la existencia de relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos, el Consejo Jurídico solicita un nuevo informe aclaratorio, mediante interrogatorio de preguntas, para precisar si la actuación médica durante la operación y el postoperatorio inmediato incurrió en infracción de la *“lex artis”* y, de ser así, en qué medida afectó a la paciente.

Contesta la Inspección que no aprecia vulneración de la normopraxis cuando durante la intervención se produce la ligadura ureteral, pues ésta tiene lugar al intentar la ginecóloga lograr la hemostasia de un lecho sangrante, actuación que considera prioritaria.

Respecto al postoperatorio, considera que no hay infracción de la *“lex artis”* al no diagnosticar la lesión ureteral, dado su difícil diagnóstico si no se piensa en esa posibilidad, existiendo clínica compatible con el diagnóstico de íleo paralítico.

No obstante, considera que debió realizarse ecografía abdominal cuando la paciente acude a urgencias.

Finalmente, indica que la tardanza en el diagnóstico ha influido en el tiempo de molestias físicas de la paciente, pero no ha influido en el agravamiento ni en la solución del daño ureteral.

d) El cuarto informe de la Inspección se produce cuando, tras dar audiencia a las partes del anterior, la reclamante presenta alegaciones a las que adjunta informe pericial. A la luz de las conclusiones de ambos documentos la Inspección afirma que apoyan y van en la misma dirección apuntada por ella, es decir, que la lesión ureteral es consecuencia de las actuaciones médico-quirúrgicas realizadas, apreciando una relación de causa-efecto entre ellas y que debió extremarse el cuidado durante la intervención para que no se produjera la lesión, pues es conocida la elevada frecuencia de éstas en la cirugía ginecológica.

3. La valoración de las pruebas existentes en el expediente ha de realizarse con suma prudencia, atendido el componente técnico-médico de la cuestión a dilucidar y sobre la que existen autorizados pronunciamientos abiertamente contradictorios, en la medida en que tanto el ajuste a normopraxis como su vulneración tienen reflejo en los diversos informes aportados.

La labor, de por sí complicada, de atribuir efectos jurídicos a cuestiones estrictamente técnicas, cuando, como es el caso, quienes han de efectuar aquella valoración son legos en Medicina, se convierte en harto difícil al tener que decidir entre pareceres técnicos divergentes. Y lo es aún más cuando el criterio de la Inspección Médica, que, atendidas las notas de

imparcialidad y objetividad que deben presidir su actuación, goza de un especial valor en la apreciación de las pruebas practicadas en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria, no es lo claro, inmutable y seguro que debería ser. Y esto es lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta.

En efecto, si en su primer informe el órgano inspector afirma rotundamente la existencia de nexo causal entre la intervención ginecológica y la lesión ureteral y que los síntomas que presenta en el postoperatorio inmediato debían haber llevado a pensar en la existencia de dicha lesión procediendo a la realización de pruebas diagnósticas que permitieran descartarla o confirmarla (ecografía y/o urografía), proponiendo estimar la reclamación; en el segundo, aunque mantiene la indicada relación causal, afirma que no hubo negligencia de los profesionales que intervinieron a la paciente, y ello a pesar de haber indicado previamente que durante la intervención debía extremarse el cuidado para no generar una lesión de frecuente aparición, como la que se produjo.

Pero será el tercer informe, emitido tras el Dictamen 50/2006, el que con mayor evidencia entra en contradicción con lo expuesto en los anteriores, pues ahora se afirma de manera expresa y tajante que no hubo infracción de la *“lex artis”* ni en el curso de la histerectomía ni en el postoperatorio inmediato, identificando como mala praxis únicamente la no realización de una ecografía cuando la paciente acude a urgencias el 10 de noviembre de 1999 y se le diagnostica un cólico nefrítico más infección del tracto urinario.

No acaban aquí las contradicciones, porque cuando se trasladan a la Inspección las alegaciones de la reclamante y el informe pericial por ella aportado, se reafirma en la valoración efectuada en los dos primeros informes, indicando la necesidad de extremar las precauciones en evitación de las lesiones ureterales y que la padecida por la paciente derivó causalmente de las actuaciones médico-quirúrgicas a que fue sometida.

Llegados a este punto, parece necesario efectuar una valoración de conjunto de la prueba pericial partiendo de un hecho incontrovertido, cual es que la ligadura ureteral fue causada durante la intervención de histerectomía, al intentar lograr la ginecóloga actuante la hemostasia de un lecho sangrante.

Según la Inspección Médica esta circunstancia es determinante para no considerar infringida la *“lex artis”*, pues estima que la reducción de la hemorragia era una actuación prioritaria y ello aunque tanto en el primero como en el último de los informes emitidos afirme la necesidad de extremar el cuidado para evitar lesiones ureterales. La reclamante, por su parte, alega que la literatura médica que cita y aporta al expediente documenta cómo *“durante el control desordenado de hemorragias intraoperatorias es cuando la lesión se produce con más frecuencia”*, debiéndose evitar el clampado y las suturas a ciegas, siendo una prevención intraoperatoria la visualización directa del curso del uréter en el campo quirúrgico, procediendo al desbridamiento y liberación del curso del uréter de manera sistemática. En cualquier caso, nada permite afirmar que de haberlo hecho así se hubiera evitado el daño urológico, pues coinciden los peritos de la reclamante y de la aseguradora del SMS que no existe ninguna maniobra prequirúrgica o intraoperatoria que prevenga al 100 por 100 las lesiones ureterales.

Sin embargo, sí ilustra la pericia traída al procedimiento por la reclamante acerca de una técnica intraoperatoria para detectar la lesión ureteral, como es que una vez se ha pinchado y seccionado el parametrio, debe visualizarse el uréter en su trayecto superior, *“para comprobar que sigue presentando el movimiento peristáltico característico, lo que indica que se*

encuentra indemne. En caso de que el uréter haya sido atrapado accidentalmente, deja de moverse, por lo que no puede apreciarse su movimiento. Cuando esto ocurre, se debe sospechar que el uréter ha sido atrapado, y se debe proceder a su reparación intraoperatoria inmediata. En este caso, no consta que se realizara esta visualización del uréter durante la cirugía". Nada se indica en el expediente acerca de la imposibilidad de llevar a efecto tal comprobación una vez controlada la hemorragia y superada la urgencia de su resolución, guardando silencio la aseguradora del SMS cuando se le traslada el referido informe.

La STSJ del País Vasco 1129/2003, de 26 de diciembre, al analizar un supuesto de afección ureteral consecuencia de intervención ginecológica, sintetiza la doctrina sentada entre otras en SSTs, Sala 1ª, de 28 de julio de 1997, 29 de abril de 1998, y 24 de mayo de 1999, *“que nos recuerdan, por un lado encontrarnos ante un tipo de lesión (la ureteral) con una incidencia de relativa frecuencia en operaciones ginecológicas, por lo que los médicos intervinientes habrán de actuar con la diligencia debida para evitar tal incidencia o cuando menos para reparar inmediatamente, es decir en el transcurso de la misma operación, la lesión producida, con cuantos medios o elementos conozca la ciencia médica”*. Y es que, reconocido que la asistencia sanitaria lo es de medios y no de resultados, en este caso es lo cierto que los mismos no estuvieron presentes con la suficiente intensidad para haber corregido inmediatamente la lesión urológica producida.

Del mismo modo, la sentencia de 27 de julio de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recuerda que ya la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de mayo de 1999 reconoce que el riesgo de lesión de uréter por intervención ginecológica es previsible pero no por ello inevitable. También señala cómo la propia Audiencia Nacional ha calificado de error médico la obstrucción ureteral como consecuencia de intervención ginecológica (SSAN de 16 de octubre de 2002 y 7 de febrero de 2001, en supuestos similares al ahora sometido a consulta). Respecto de la existencia de una hemorragia intraoperatoria que precisa de una rápida actuación de hemostasia, dirá que ello no puede entenderse en detrimento de la salud de la enferma, que no se halla obligada a soportar, aun por culpa leve o levísima, la ligadura de uréter con las consecuencias de ella derivadas (ureterohidronefrosis que precisa de nefrostomía para su resolución, igual que en el supuesto objeto de este Dictamen), concluyendo la Sala que existe relación causal entre la ligadura del uréter y la asistencia prestada por la Sanidad Pública.

En consecuencia, no constando en la hoja de protocolo de la intervención (folio 264 del expediente) que, tras corregir la situación primaria de la hemorragia habida en el curso de aquella, se aplicara una técnica que, siendo posible y recomendable, podría haber detectado de forma inmediata el daño ureteral de origen iatrogénico, posibilitando así su corrección intraoperatoria y evitando el sometimiento de la paciente a una posterior intervención, cabe concluir en la existencia de mala praxis, que se concreta en la ausencia de diagnóstico intraoperatorio de la ligadura ureteral.

4. En el postoperatorio inmediato, la Inspección Médica considera que los síntomas de la paciente harán que se sospeche este accidente y que se soliciten ecografía y/o urografía para confirmarlo o descartarlo, y ello sin perjuicio de admitir que tales signos clínicos eran compatibles con el diagnóstico de fleo paralítico. En su tercer informe, sin embargo, dirá que no se produce infracción de la *lex artis* al no descubrir la lesión ureteral, dado su difícil diagnóstico *“si no se piensa en esta posibilidad”*.

La reclamante, por su parte, con apoyo en la literatura científica aportada al procedimiento, dirá que los facultativos que atendieron a la paciente en el postoperatorio inmediato

debían valorar como posible la existencia de la lesión ureteral, no sólo por ser una complicación típica de la histerectomía, sino también porque los síntomas que presentaba se correspondían con dicha lesión. El perito de la reclamante, a su vez, dirá en las conclusiones de su informe que el postoperatorio no fue normal, presentando dolor y distensión abdominal, y leucocitosis, lo que hacía necesario descartar, entre otras patologías, la ligadura del uréter.

Los informes de la aseguradora del SMS, por su parte, sostienen que durante el postoperatorio no se detectaron síntomas que hicieran sospechar la existencia de lesión ureteral, ya que el cuadro de distensión abdominal fue debido a un íleo adinámico o paralítico que se resolvió mediante tratamiento conservador. Una vez que la paciente presentó síntomas de lesión ureteral se actuó de forma diligente. No identifica, sin embargo, tales síntomas ni el momento en que se detectaron. Ahora bien, dado que el diagnóstico de la afección urológica (ureterohidronefrosis causada por la ligadura ureteral) se produce sólo cuando la paciente acude al Hospital Morales Meseguer por dolor en el costado izquierdo y se decide realizar una ecografía abdominal, cabe deducir que tal es el síntoma a que alude el perito de la aseguradora. El dolor lumbar izquierdo es lo que lleva a la interesada a acudir a urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca el 9 de noviembre de 1999, un día después del alta, para ser diagnosticada de cólico nefrítico y, días más tarde, el 11 de noviembre, al Hospital Morales Meseguer, constanding en los informes del Servicio de Urgencias que el dolor presenta una evolución de una semana.

Debe precisarse que el dolor presente en el postoperatorio inmediato es de localización abdominal, no lumbar. En las hojas de evolución contenidas en la historia clínica, constan anotaciones de dolor abdominal los días 24 y 26 de octubre de 1999, es decir, a los 3 y 5 días de la intervención, respectivamente. Después ya no existen más anotaciones (legibles) sobre dolor, hasta el 2 de noviembre, fecha en la que se hace constar "*abdomen indoloro*" (pág. 252), coincidiendo con una mejoría del estado general de la paciente, que llevará al alta ginecológica al día siguiente, si bien permanecerá atendida por el de Cirugía que, el 4 de noviembre, volverá a apreciar algo de dolor en el abdomen.

La valoración del cuadro clínico efectuada por la aseguradora, coincidente con la Inspección Médica, acerca de la inexistencia de infracción de la "*lex artis*" dado el enmascaramiento de la patología ureteral bajo el íleo paralítico que fue diagnosticado, tratado y resuelto de forma conservadora, y la ausencia de síntomas específicos de lesión urológica que movieran a efectuar un diagnóstico diferencial, con abstracción de los antecedentes quirúrgicos de la paciente, podrían llevar a considerar la inexistencia de mala praxis durante el postoperatorio.

Ahora bien, el sometimiento de la paciente a una histerectomía, respecto de la cual la lesión ureteral constituye un riesgo típico; la existencia de síntomas (molestias en el flanco, distensión y dolor abdominal) que, aunque no específicos de lesión urológica sí eran compatibles con ella; la duración de los mismos; y la existencia de pruebas diagnósticas (ecografía y/o urografía) que eran posibles en las circunstancias de lugar (centro hospitalario) y tiempo (año 1999) en que se desarrolla la asistencia, y que, de haberse realizado, habrían permitido el inmediato diagnóstico de la patología, llevan a este Consejo Jurídico a apreciar la existencia de mala praxis, como de forma implícita apunta la Inspección Médica en su primer informe y, de forma expresa, en el tercero, al hacer constar la indicación de la ecografía como prueba para, "*ante los mismos síntomas*", llegar al diagnóstico acertado de la lesión ureteral, tal y como también asevera el perito de la reclamante.

CUARTA.- Daño causado y cuantía indemnizatoria.

1. El daño.

De conformidad con la reclamación, el daño causado a la interesada sería el siguiente:

a) Perjuicio estético derivado de las cicatrices ocasionadas por la nefrostomía y el reimplante ureteral.

b) Daños psicológicos derivados de la lesión causada, que le ha hecho estar en prolongados períodos de baja laboral, con el perjuicio económico que eso conlleva. Actualmente, en tratamiento.

c) Días improductivos por la prolongación de su estancia hospitalaria a causa de las complicaciones postoperatorias, teniendo que llevar durante 63 días una bolsa de orina sujeta a la cintura. Ha sido tratada por incontinencia urinaria.

Con sometimiento expreso al baremo del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, efectúa una valoración global (no existe desglose por conceptos) del daño en 32.755 euros, que tras aplicarle un 20% de corrección, dado el carácter meramente orientativo del referido baremo, arroja un resultado de 39.300 euros, cantidad a que asciende la pretensión indemnizatoria.

a) El perjuicio estético.

Para acreditar tal extremo la reclamante aporta al expediente fotografías que, en la fotocopia remitida a este Consejo Jurídico y debido a su ínfima calidad, no permiten apreciar la existencia de cicatriz alguna.

La ausencia de un informe de valoración del daño corporal dificulta la adecuada valoración del perjuicio estético sufrido por la paciente, no sólo por la ausencia de acreditación de su existencia misma, sino también porque queda indeterminada su extensión o alcance.

Ahora bien, el expediente indica que la paciente hubo de ser sometida, como consecuencia de la ligadura ureteral, a una nefrostomía percutánea y, posteriormente, a una intervención de reimplante ureteral, de la que cabe presumir que quedarán huellas en su cuerpo en la forma de cicatrices, máxime tras la lectura de la hoja de protocolo quirúrgico (folio 111), en la que se puede leer, como vía de acceso, una "*incisión media supra-infraumbilical*", constando en el documento un dibujo que muestra una importante herida quirúrgica que, situada en la zona media del abdomen, lo atraviesa en sentido vertical.

Aunque, como se ha dicho, no existe prueba fehaciente del perjuicio estético que dicha herida quirúrgica haya podido ocasionar al cicatrizar, atendiendo a máximas de la experiencia cabe considerar que tal daño existe, siquiera sea ligero.

b) Los daños psicológicos.

Afirma la reclamante que, a consecuencia de la lesión, ha sufrido daños psicológicos que la han mantenido de baja laboral durante prolongados períodos de tiempo.

En efecto, constan en el expediente algunos partes de confirmación (no consta el parte inicial de baja ni el de alta) de baja laboral, el último de los cuales es el número 79, correspondiente al 19 de febrero de 2001, es decir, 14 meses después de la intervención de histerectomía. Asimismo, consta un parte de confirmación, marcado con el número 12, de fecha 8 de noviembre de 1999, es decir, el día que recibió el alta médica en el Hospital Virgen

de la Arrixaca. De esta documentación puede inferirse que la interesada ya se encontraba de baja laboral antes de su intervención, y que no dejó de mantenerse en dicha situación, al menos hasta 14 meses después.

Con posterioridad, en agosto de 2002, vuelve a estar de baja laboral durante varios meses, hasta enero de 2003.

La relación entre los trastornos psíquicos y dichas bajas se encuentra acreditada a los folios 59 y 60 del expediente, en una hoja interconsulta por la que se remite a la interesada al especialista en Psiquiatría, haciendo constar el médico de atención primaria que la paciente, ya vista previamente por Psiquiatría, había abandonado el tratamiento instaurado, presentando de nuevo un cuadro depresivo reactivo que la incapacita para su trabajo. Así lo ratifica además el Psiquiatra de la Clínica de Salud Mental “S. I.” de Murcia, que trata a la interesada y que le recomienda mantener baja laboral hasta el 2 de enero de 2003, en que le aconseja su incorporación al puesto de trabajo.

Ahora bien, no todos los períodos de baja laboral serían imputables al cuadro depresivo reactivo a las lesiones causadas, pues el primer documento que consta en el expediente relacionado con alteraciones psicológicas de la paciente data de 14 de julio de 2000 (folio 55 del expediente).

Cabe, en consecuencia, considerar acreditada la existencia de un daño psicológico derivado de las lesiones iatrogénicas padecidas y que ello la mantuvo de baja laboral durante prolongados períodos de tiempo (unos 12 meses en total).

A estos períodos de incapacidad habrían de sumarse los comprendidos entre el alta hospitalaria tras la intervención de reimplante ureteral (el 26 de enero de 2000) y el 14 de julio del mismo año, en que consta su asistencia por Salud Mental, los cuales, si bien no queda acreditado que tuvieran su causa en los aludidos daños psicológicos, sí que, atendida la contemporaneidad y ausencia de solución de continuidad entre las bajas laborales y las intervenciones, cabe inferir que tuvieron una relación causal con éstas.

c) Días improductivos

La reclamación parece confundir dos tipos de días que reciben en el Baremo de referencia un tratamiento diferente a efectos indemnizatorios, como son los días de hospitalización y los improductivos.

Respecto de los primeros, sólo serían indemnizables aquellos en que la paciente permaneció ingresada para corregir la estenosis ureteral, es decir, los 18 días en que fue necesaria su estancia en el hospital para realizar la nefrostomía (del 11 al 15 de noviembre de 1999) primero y el reimplante ureteral (del 13 al 26 de enero de 2000) después.

En cuanto a los segundos, la propia reclamante identifica como improductivos los 63 días en que tuvo que portar una bolsa de orina, entre la realización de la nefrostomía y el reimplante. Ahora bien, de esos días hay que descartar aquellos que ya se han computado como de hospitalización, arrojando un total de 58 días improductivos. A éstos han de sumarse los dos días transcurridos desde el alta en el Hospital Virgen de la Arrixaca y su ingreso en el Morales Meseguer, pues los fuertes dolores que aquejaban a la paciente la debían de incapacitar para la realización de cualesquiera tareas, incluso las más livianas. Suman, por tanto, 60 días improductivos.

2. Cuantía de la indemnización.

En la fijación de la indemnización, el Consejo Jurídico parte de los siguientes criterios legales y jurisprudenciales:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por la perjudicada incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado “*pretium doloris*”, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002). Ahora bien, al someterse de manera expresa la interesada al Sistema para la valoración de los daños causados a las personas en los accidentes de circulación, las cantidades resultantes de su aplicación ya incluyen los daños morales.

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

Aplicando tales criterios al supuesto planteado, los daños alegados y acreditados habrán de ser indemnizados con las siguientes cantidades:

a) El perjuicio estético que, ante la ausencia en el expediente de un informe técnico de valoración, ha sido calificado de ligero (entre 1 y 5 puntos del baremo de referencia), puede valorarse en la zona media del rango, con 3 puntos.

El valor del punto, atendida la fecha en que se produce la intervención de reimplante ureteral (año 2000) y la edad de la paciente (36 años), es de 572,812616 euros, lo que arroja un resultado de 1.718,44 euros.

b) No ha quedado acreditado que los daños psicológicos alegados tengan la condición de permanentes (de hecho el 2 de enero de 2003, la interesada recibe la recomendación de su Psiquiatra de reincorporarse al trabajo, constando asimismo en el expediente que en marzo de 2003 se le confirma la pauta descendente de la medicación ya iniciada meses antes) por lo que no cabe valorarlos como secuela.

Ahora bien, la alegación de este daño se hace desde una perspectiva distinta, en la medida en que el síndrome depresivo reactivo a las intervenciones quirúrgicas ha mantenido a la interesada en prolongados períodos de baja laboral, con los perjuicios económicos que ello conlleva. Ya se dijo anteriormente que no había quedado acreditado en el expediente que todas las bajas laborales de la interesada fueran debidas a las alegadas alteraciones psicológicas, pudiendo considerarse probada dicha relación causal sólo respecto de los períodos

posteriores al 14 de julio de 2000. Ello no obstante, también cabe considerar como períodos de baja derivados de las intervenciones necesarias para corregir y resolver las lesiones iatrogénicas, los que abarcan desde el alta hospitalaria el 26 de enero de 2000 hasta el 19 de febrero de 2001 (fecha del último parte de confirmación -el número 79- de la baja laboral comenzada antes de las intervenciones).

En consecuencia, los días de incapacidad a efectos de indemnización serían los comprendidos en los siguientes períodos:

- del 26 de enero de 2000 al 19 de febrero de 2001 (390 días).
- del 12 de agosto de 2002 (fecha en que la interesada es remitida a Psiquiatría tras una recaída en el síndrome depresivo) hasta el 2 de enero de 2003, fecha en que el Psiquiatra recomienda la incorporación al trabajo y que parece coincidir con la que consta en el apenas legible parte de confirmación de baja número 22 (folio 79), que hacen un total de 141 días.

En consecuencia, serían indemnizables 531 días, que multiplicados por 21,648455, arrojan un total de 11.495,33 euros.

c) Por los días de hospitalización, 18 días a razón de 49,475316 euros/día, 890,55 euros.

d) Por los días impeditivos, 48 días del año 1999, a razón de 39,065786 euros/día, 1.875,15 euros.

Por los 12 días impeditivos del año 2000, a razón de 40,195689 euros/día, 482,35 euros.

La suma total de las partidas indicadas arroja un resultado de 16.461,82 euros, cantidad a la que habrá de ascender la indemnización de la interesada, una vez haya sido convenientemente actualizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al apreciar el Consejo Jurídico la concurrencia de los requisitos a los que la Ley anuda la generación de responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización habrá de computarse de conformidad con la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 51/07.- Revisión de oficio del contrato de prorroga del servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del H.G.U. Virgen de la Arrixaca, suscrito con la empresa S., S.L.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 18/04/07

Extracto de Doctrina

El procedimiento tramitado se ajusta a lo dispuesto en el artículo 64.1 TRLCAP en relación con el 102 LPAC, salvo en lo que atañe a la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento y a la práctica de la prueba documental propuesta por la interesada en su escrito de alegaciones.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante resolución de 26 de abril de 2003, el Director Gerente del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” de Murcia acordó iniciar procedimiento para la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno Derecho de la resolución de 10 de enero de 1995 de la Dirección General de dicho Hospital, por la que se acordó prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2019 el contrato de servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos en el citado Hospital, suscrito el 1 de diciembre de 1993 con la mercantil “S., S.L”, y para la declaración de nulidad del posterior contrato, de modificación del anterior, celebrado el 16 de enero de 1995 con dicha empresa.

El contrato originario tenía como objeto la instalación y explotación del servicio de televisión en las habitaciones de los enfermos, aportando e instalando el adjudicatario los televisores, pudiendo utilizar la red eléctrica existente en el Hospital, percibiendo el rendimiento de tal explotación y debiendo abonar al Hospital un canon mensual. Mediante el acto y contrato cuya revisión se pretende, el adjudicatario se obligó a realizar en el Hospital una nueva instalación eléctrica específica para este servicio, compensándosele con una prórroga de 20 años del plazo de explotación, debiendo la empresa abonar un adicional canon anual de explotación.

En síntesis, la pretendida revisión de oficio se basa en que el indicado acto y contrato de modificación se adoptaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para las modificaciones de contratos administrativos en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, entonces aplicable, pues no consta trámite alguno previo a dichos actos (de los que incluso afirma el Hospital que desconocía su existencia hasta fechas recientes).

SEGUNDO.- Tramitado el procedimiento de revisión de oficio, mediante resolución de 27 de julio de 2006 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) convalida el acuerdo de iniciación de aquél efectuado en su día por el Director Gerente del Hospital, al considerar que dicha actuación le correspondía a él, en calidad de órgano de contratación del SMS, en el que está integrado el Hospital, conforme con lo dispuesto en el artículo 8, w) del Decreto 184/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la estructura y funciones de los órganos de participación, administración y gestión del SMS. Asimismo, convalida toda la instrucción realizada en dicho procedimiento.

TERCERO.- Continuada la tramitación, mediante resolución de 29 de diciembre de 2006 el Director Gerente del SMS acuerda declarar caducado el procedimiento, por haber transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido al efecto en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

CUARTO.- Mediante resolución de 8 de enero de 2007, el citado Director Gerente acuerda iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto que el caducado, convalidando (en rigor, incorporando al nuevo procedimiento) las actuaciones realizadas en este último.

QUINTO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, y previa comparecencia de la interesada, el 7 de febrero de 2007 presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a las declaraciones de nulidad pretendidas y solicitando el archivo del expediente. Además, solicita la práctica de las siguientes pruebas:

“a) Que se remita copia de los archivos de entrada y salida del Libro de informes de la Asesoría Jurídica Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Murcia, desde 1 de diciembre de 1993 a 25 de enero de 1995.

b) Que se remita copia de los archivos de entrada y salida de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de Murcia a la Asesoría Jurídica Provincial en Murcia, desde 1 de diciembre de 1993 a 25 de febrero de 1995.

c) Que se remita copia del informe 2149, que siendo innominado hace referencia a una prórroga en la Arrixaca <<39/93>>, para determinar si éste se debe a un error tipográfico”.

SEXTO.- El 23 de febrero de 2007, el Secretario General Técnico del SMS formula propuesta de resolución para que se declare la nulidad de pleno Derecho de los actos objeto de este procedimiento revisorio, en aplicación de los artículos 62, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con el 62.1, e) LPAC. Asimismo, propone declarar la improcedencia de reconocer indemnización alguna a la empresa “S., S.L.”.

SÉPTIMO.- En la misma fecha, el Director Gerente del SMS remite el expediente a la Consejería de Sanidad para que solicite el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; asimismo, acuerda la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, invocando a tal efecto el artículo 42.5, c) LPAC. Posteriormente se procedió a notificar dicha resolución a la empresa interesada.

OCTAVO.- Mediante escrito de 1 de marzo de 2007 (con registro de salida de la Consejería del día siguiente), el Secretario General de ésta, por delegación de la Consejera, solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico. Dicho escrito tuvo entrada en este Órgano Consultivo el 5 de marzo de 2006, al que se acompañó el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de un acto

y de un contrato administrativo, con oposición del contratista, concurriendo con ello los supuestos previstos en el artículo 12.6 y 7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. El procedimiento tramitado se ajusta a lo dispuesto en el artículo 64.1 TRLCAP en relación con el 102 LPAC, salvo en lo que atañe a la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento y a la práctica de la prueba documental propuesta por la interesada en su escrito de alegaciones reseñado en el Antecedente Quinto.

A) Por lo que se refiere a la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento revisorio que nos ocupa (de tres meses, según el artículo 102.5 LPAC), se advierte que fue acordado por el instructor antes de que se produjese el hecho que ampara tal suspensión, que es la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico, en aplicación de lo previsto en el artículo 42.5, c) LPAC. La solicitud de Dictamen, a los efectos suspensivos de que se trata, debe considerarse efectuada en la fecha en que tuvo salida oficial el correspondiente escrito de petición de Dictamen, es decir, el 2 de marzo de 2007. Considerando, además, que la petición ha de ser comunicada a los interesados, según establece el citado artículo 42.5, c) LPAC, se estima que, en estos casos, el instructor no puede acordar la suspensión del referido plazo máximo de resolución sino hasta que no conste la efectiva petición del informe realizada por el órgano habilitado al efecto; sólo entonces procederá acordar, con efectos de la fecha de solicitud de dicho Dictamen antes indicada, la referida suspensión, debiendo notificarse luego tales extremos a los interesados.

Por ello, procede que el instructor (el Director Gerente del SMS) deje sin efecto el apartado 3º de su resolución de 23 de febrero de 2007, relativa a la suspensión del indicado plazo máximo de resolución, y en su lugar dicte otra acordando la suspensión de dicho plazo desde el 2 de marzo de 2007. Plazo que quedará reanudado con la recepción del presente Dictamen, lo que asimismo deberá ser comunicado a la interesada, según establece el citado precepto de la LPAC.

B) Por lo que se refiere a las pruebas documentales cuya práctica solicitó la interesada en su escrito final de alegaciones, debe decirse lo siguiente:

La nulidad cuya declaración pretende la Administración se funda en la omisión, entre otros actos de trámite, de la preceptiva solicitud de informe a la Asesoría Jurídica del INSALUD previamente a la aprobación de la modificación contractual de que se trata, y se ha pretendido acreditar tal extremo incorporando al expediente copia de los libros de registro de la Asesoría Jurídica y de la Dirección Provincial del INSALUD, en los que no consta la solicitud de tal informe. Sin embargo, ello se ha limitado al período que va del 13 de octubre de 1994 al 25 de enero de 1995 (en el caso del libro de la Asesoría Jurídica), y de noviembre de 1994 a enero de 1995, inclusive (en el caso de la Dirección Provincial, limitado en este caso, además, al libro de registro de entrada, por no disponerse del de salida). Si se tiene en cuenta que, conforme manifiesta la contratista y no es negado por la Administración, el hecho que motivó la modificación del contrato fue la imposibilidad de utilizar la propia instalación eléctrica del Hospital para el funcionamiento de los televisores, por impedirlo el Jefe de Mantenimiento del mismo, y que ello aconteció después de haberse instalado todos los televisores y ya en pleno funcionamiento del servicio (f. 20 exp.), es posible que el indicado informe de la Asesoría Jurídica se pudiera haber solicitado ya desde el 1 de diciembre de 1994, que es la fecha en que debía

comenzar dicho servicio (sin que se haya acreditado tampoco que éste no comenzara a prestarse en tal fecha).

Por ello, resulta procedente que se incorporen al procedimiento las hojas de los citados Libros de Registro que documenten las anotaciones efectuadas desde el 1 de diciembre de 1994 hasta la fecha comprendida por la documentación ya obrante en el expediente (no desde el 1 de diciembre de 1993, como solicita la interesada, por el motivo indicado).

Asimismo, tampoco obra en el expediente la copia del informe n° 2149 de la citada Asesoría Jurídica a que también se refiere la empresa en su proposición de prueba.

En ambos supuestos, la práctica de tales pruebas documentales ha de considerarse pertinente, en cuanto se dirigen a verificar si fue solicitado y, en su caso, emitido el informe preceptivo de la Asesoría Jurídica. Siendo la omisión de dicho trámite alegada por la propia Administración que pretende la declaración de nulidad de los actos presuntamente viciados por ésta y otras circunstancias, la misma debe, en contrapartida, extremar el rigor en la práctica de las pruebas necesarias para acreditar tales hechos, lo que incluye atender las peticiones probatorias de la interesada que sean consideradas pertinentes. Ello ha de entenderse sin perjuicio de lo que pudiera estimarse en su momento sobre la relevancia que, para la determinación de estos extremos, pudiera tener el resultado de las diligencias interesadas, pero ello en modo alguno permite prescindir de su realización, al ser en principio relevante a los efectos pretendidos, conforme con lo dispuesto en el artículo 80.1 LPAC.

II. La misma finalidad de acreditar con el necesario rigor los extremos en que se basa la nulidad pretendida obliga a determinar con claridad qué documentos, relativos a la modificación y prórroga del contrato que se cuestiona, obran en los archivos de la Administración sanitaria. Y ello porque la empresa aporta con su escrito de alegaciones copia simple de las facturas emitidas por el Hospital correspondientes a los cánones anuales de prórroga (previstos en el referido contrato de modificación) de los años 2003 a 2006, así como un oficio de 28 de enero de 2003 de la Subdirectora de Gestión y Servicios Generales del Hospital en el que se requiere a la empresa el abono de varias obligaciones económicas, entre las que está un canon anual de prórroga (el correspondiente a 2002, según se deduce), desconociéndose si se requirió también el canon de los años 2000 y 2001.

Resulta, pues, necesario que se incorpore al procedimiento toda la documentación disponible relativa al contrato que se cuestiona, debiendo certificarse, por quien fuera competente, que no obra en los correspondientes archivos más documentación al respecto que la que se aporte a estos efectos.

III. De lo anterior se desprende que procede retrotraer las actuaciones y acordar la práctica de las pruebas indicadas, debiendo ser ello notificado a la interesada, así como efectuar lo indicado en su momento sobre la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento. Una vez realizadas tales actuaciones y evacuado el nuevo trámite de audiencia a la interesada, la nueva propuesta de resolución declaratoria de la nulidad que, en su caso, se formule, deberá remitirse a este Consejo Jurídico, junto con lo complementariamente actuado, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo de las cuestiones planteadas.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dejar sin efecto el apartado tercero de la resolución de 23 de febrero de 2007 del Director Gerente del SMS, relativo a la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen y, en su lugar, proceder conforme con lo indicado en su Consideración Segunda, I, A), por las razones allí expresadas.

SEGUNDA.- Procede acordar la práctica de las diligencias probatorias a que se refiere la Consideración Segunda, I, B) y II de este Dictamen, en los términos y por las razones allí expresadas. Por ello, no procede en este momento la emisión de Dictamen sobre el fondo del procedimiento revisorio de referencia.

TERCERA.- Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 52/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. D. C. C., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 23/04/07

Extracto de Doctrina

El hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como ha puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio), del Consejo Jurídico (por todos, el núm. 35/2000) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (sentencia de 8 de junio de 1999).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de abril de 2003 (registro de entrada), D. D. C. L. (en lugar de D. D. C. C.) presenta escrito de reclamación contra la Administración regional como consecuencia de los daños y perjuicios producidos por un accidente de tráfico, que imputa al funcionamiento de los servicios públicos viarios.

Describe que el siniestro se produjo el 14 de noviembre de 2002, a las 20 horas, cuando el reclamante conducía el vehículo Peugeot 406 con matrícula X, y al incorporarse a la vía MU-620, a la altura del kilómetro 12,900, previa realización de la parada obligatoria preceptiva por señal vertical de STOP, colisionó con el vehículo que circulaba en sentido Lorca, matrícula X.

Atribuye la causa del accidente a la existencia de una masa espesa de matorrales que impedian completamente la visibilidad en el cruce, y reclama la cantidad de 4.726,63 euros, por los daños ocasionados a su vehículo.

Acompaña copia del Atestado instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil del Destacamento de Lorca (Diligencias núm. 638/02), así como copia de la factura de reparación de su vehículo, y fotografías del lugar, antes y después de cortar los matorrales.

SEGUNDO.- Con fecha de 8 de julio de 2003 (registro de salida) se solicita por el órgano instructor la subsanación de deficiencias y aportación de documentación sobre la que versa la reclamación presentada, si bien, por el error inicial de los apellidos, la carta certificada con acuse de recibo no llega a su destinatario y se procede a su notificación por edictos.

TERCERO.- Con fecha de 20 de octubre de 2004 se presenta por el reclamante la subsanación requerida y se manifiesta que el segundo apellido es C., en lugar de L..

CUARTO.- Con fecha 15 de noviembre de 2004 (registro de salida) la Demarcación de Carreteras del Estado de Murcia remite a la Consejería consultante la documentación presentada por el reclamante, a quien se le ha comunicado que la carretera donde se produjo el accidente (MU-620) no pertenece a la red de carreteras estatal, sino a la Administración regional.

QUINTO.- El 25 de enero de 2005 la instructora recaba el informe de la Dirección General de Carreteras, petición que es reiterada el 15 de septiembre siguiente, así como el 13 de marzo de 2006, siendo finalmente cumplimentado el 21 de marzo de 2006 en el siguiente sentido:

“a) La carretera mencionada MU-620 pertenece a la red de Carreteras de la Región de Murcia.

b) En la fecha indicada se encontraban en ejecución las obras comprendidas en el proyecto: acondicionamiento de la carretera MU-620 adjudicadas a la empresa V. y C. S.A. Comenzaron el 23/04/2001 y finalizaron el 23/04/03.

c) En la citada fecha y en el punto indicado se encontraba la plataforma completamente acabada, incluido arcenes de 1,50 m de anchura.

d) En el correspondiente atestado de la Guardia civil se indica como posible causa del accidente la de no obedecer la señal de STOP.

e) Asimismo y en el parte citado se especifica claramente:

a. Existencia de arcenes de 1,50 m.

b. Visibilidad buena.

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

SEXTO.- Con fecha 25 de enero de 2005 se solicita informe del Parque de Maquinaria a efectos de que determine el valor venal del vehículo y de los daños producidos, que vuelve a reiterarse el 31 de marzo de 2006, siendo evacuado finalmente el 19 de abril de 2006 por el Ingeniero Técnico, Jefe del Parque de Maquinaria:

“a) el valor venal del vehículo cuando ocurrió el accidente era de 6.770 euros.

b) el coste de la reparación de los daños que se refleja en las facturas, suma del coste de los elementos sustituidos y mano de obra de mecánica y pintura, así como de otros componentes u operaciones y que asciende a la cantidad de 4.726,63 euros, se considera coherente con el coste real en la fecha de la reparación.

c) el que suscribe este informe se desplazó al lugar en que presuntamente se produjo el accidente y se ha podido constatar que el tramo en donde se produjo éste es ligeramente curvo hacia la izquierda en dirección Pulpí visto desde el punto en que presuntamente se incorporó el vehículo que conducía el reclamante lo cual limita la visibilidad de los vehículos que vienen circulando en dirección Pulpí-Lorca, aun sin existencia de matorrales que limiten aún más la visibilidad.

d) No obstante la velocidad en ese tramo está limitada a 60 km/h., en virtud de las intersecciones existentes y pequeños núcleos urbanos y el volumen de tráfico no es elevado. La anchura del arcén de ese tramo de carretera es de aproximadamente 1,40 m lo que da un margen de visibilidad suficiente para ver los vehículos que vienen por la izquierda siempre que éstos respeten la velocidad máxima permitida de 60 km/h. De todo lo anterior, en mi opinión, el accidente fue motivado por la incorporación del vehículo del reclamante a la vía sin cerciorarse de que circulaba otro en sentido Lorca, y así parece concluirse también en el atestado instruido por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil de Lorca con ocasión de este accidente.”

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de abril de 2006 (registro de salida) se otorga un trámite de audiencia al reclamante, sin que conste que haya presentado alegaciones.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 3 de noviembre de 2006, desestima la reclamación presentada, por la inexistencia de nexo causal unido a las carencias probatorias apreciadas.

NOVENO.- Con fecha 10 de noviembre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo de reclamación.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva queda acreditada la titularidad autonómica de la Carretera MU-620, de acuerdo con el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la fecha de ocurrencia de los hechos fue el 14 de noviembre de 2002, y la reclamación se interpuso el 28 de abril de 2003 y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

TERCERA.- Procedimiento y medios probatorios.

El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 y ss. del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP), salvo en el plazo máximo para resolver (artículo 13.3), habiéndose detectado ciertas paralizaciones durante la instrucción, que debe ser impulsada de oficio, como hemos destacado en nuestra Memoria correspondiente al año 2002. También es necesario reiterar consideraciones ya realizadas por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos el núm. 113/2006) acerca de que producido un cambio en la instructora del procedimiento dicha circunstancia ha de ponerse en conocimiento del interesado, al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC).

Los medios de prueba suscitan una especial valoración partiendo del principio de que corresponde al reclamante la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin obviar la obligación de probar de la parte que dispone y puede aportar los elementos probatorios o justificación para fundamentar su afirmación (STS, Sala 3ª, de 24-2-1998).

Cabe reseñar que el reclamante no hace referencia a si hubo instrucción penal. Téngase en cuenta que, como expusimos en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1998, *“es de recordar, pues, a los instructores de expedientes de responsabilidad patrimonial derivada de accidentes de tráfico, que completen sus expedientes con las actuaciones penales, si las hubiere”*.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

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

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, o del comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

El reclamante imputa a la Administración regional un defectuoso funcionamiento del servicio público viario, concretamente la falta de mantenimiento de los márgenes de la carretera en los cuales había crecido una masa espesa de matorrales, según describe, que impedían completamente la visibilidad respecto a aquellos vehículos que pudieran venir por la carretera MU-620, en sentido Lorca, en el lado izquierdo del conductor que se va a incorporar a la vía.

Para el órgano proponente *“las fotografías aportadas por el reclamante no prueban en modo alguno que la causa del accidente fuera la existencia de tales matorrales. En las fotografías no se aprecia tal hecho y por tanto hemos de considerar no probada la causa del mismo como causa imputable a la Administración. La existencia de los matorrales que se observan en la fotografía no es causa suficiente de imputabilidad de responsabilidad patrimonial a la Administración, pues de acuerdo con las mismas la visibilidad es aceptable. La prueba en contrario recae como antes hemos dicho en el reclamante.”* También fundamenta la desestimación en el informe del Ingeniero Jefe del Parque de Maquinaria, que acudió al lugar donde se produjo el evento lesivo (Antecedente Sexto).

Veamos la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial aplicados al presente supuesto:

1) Daño real, concreto y susceptible de evaluación económica.

Se ha acreditado la realidad del daño, a través del Atestado de la Guardia Civil, y copia de la factura de un taller de reparación (aunque aparece con la denominación de presupuesto).

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

El hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como ha puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio), del Consejo Jurídico (por todos, el núm. 35/2000) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (sentencia de 8 de junio de 1999).

Sin embargo, el reclamante no ha podido probar que la causa de los daños alegados se encuentre en la denunciada existencia de matorrales en el margen de la carretera en la fecha del accidente por los siguientes datos que el Consejo Jurídico infiere de la prueba documental obrante en el expediente:

1º. El Atestado de la Guardia Civil de Tráfico destaca las siguientes notas del tramo de la carretera donde se produjo el accidente:

- Visibilidad buena.
- Arcén 1,50 derecho e izquierdo.
- Circulación escasa.
- De noche (20 horas).

2º. Pese a la manifestación del reclamante, que recoge el Atestado de la Guardia Civil, que atribuye el accidente a la existencia de matorrales en el arcén que le impidió observar al otro vehículo con el que colisionó, tras detenerse en la señal de STOP, la Guardia Civil

alcanza otra conclusión, describiéndolo en un croquis, atribuyendo la probable causa del accidente a la no obediencia de la señal de STOP.

Abunda en esta argumentación el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria, tras visitar el lugar, afirmando que el tramo donde se produjo es ligeramente curvo hacia la izquierda, en dirección Pulpí, visto desde el punto en que presuntamente se incorporó el vehículo que conducía el reclamante, lo cual limita la visibilidad de los vehículos que vienen circulando en dirección Pulpí-Lorca, aun sin la existencia de los matorrales. No obstante, continúa en su descripción, la velocidad de este tramo está limitada a 60 Km./h. en virtud de las intersecciones existentes y pequeños núcleos urbanos, y el volumen de tráfico no es muy elevado. Concluye que la anchura del arcén de este tramo de la carretera es de aproximadamente 1,40 metros lo que da un margen de visibilidad suficiente para ver los vehículos que vienen por la izquierda, siempre que éstos respeten la velocidad máxima permitida de 60 km/h.; de lo anterior infiere que el accidente fue motivado por la incorporación del vehículo del reclamante a la vía, sin cerciorarse de que circulaba otro en sentido a Lorca.

3°. Las anteriores argumentaciones no son enervadas o contradichas con las fotografías aportadas por el reclamante dado que no prueban, de conformidad con la propuesta de resolución, que la causa del accidente fuera la existencia de los matorrales. A lo anterior cabría añadir que, por la hora nocturna en la que se produjo (20 horas del día 14 de noviembre), los conductores llevarían encendidas las luces reglamentarias, lo que permitiría al reclamante, de haberse detenido en la señal de STOP según describe, visualizar las luces del vehículo con el que colisionó inmediatamente tras incorporarse a la vía.

4°. Tampoco han sido rebatidas las consideraciones indicadas por los técnicos de la Administración regional, tras el trámite de audiencia otorgado, en el que no consta su comparecencia.

En consecuencia, la insuficiencia de la actividad probatoria del reclamante aboca, en opinión del Consejo Jurídico, a desestimar la reclamación planteada, ya que, tal como señala el Tribunal Supremo en repetidas sentencias, *“...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama”* (entre otras, Sentencia de 29 de junio de 1988).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto no se ha acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el servicio público regional de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 53/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. S. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 23/04/07

Extracto de Doctrina

Correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de una omisión del tratamiento exigido por la ciencia médica, o la aplicación de uno inadecuado, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el fallecimiento de la hija y hermana de los reclamantes y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de abril de 2004 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Sanidad y Consumo escrito suscrito por D. P. A. G. V., abogado, en nombre y representación de D. R. S. G., D. P. T. C., ambos por sí y en representación de su hijo menor de edad P. J. T. S., y de D. E. T. S., por la deficiente atención sanitaria prestada a la hija y hermana de los reclamantes, R. T. S.. Los reclamantes efectúan la siguiente narración de los hechos:

– R. nació el día 3 de febrero de 1999 en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (en adelante, HUVA), siendo ingresada inmediatamente en el Servicio de Pediatría, Sección de Neonatología, por presentar hidrocefalia y mielomeningocele lumbosacro ulcerado. Fue intervenida quirúrgicamente implantándosele una válvula Sophy.

– La niña fue revisada por el Dr. M. L. el 7 de octubre de 1999, para regularle la válvula. Solicitó la realización de un TAC en un plazo máximo de tres meses, pero no se le practicó hasta el día 18 de enero de 2001.

– El día 30 de abril de ese mismo año acudieron a la consulta programada de neuropediatría donde una especialista, tras examinar el TAC, les dijo que estaría en contacto con el Dr. M. L. y que les avisarían con los resultados.

– El citado facultativo les comunicó, el siguiente día 17 de mayo, que debían intervenir de nuevo a su hija, para lo que era necesario practicarle unas pruebas en el Servicio de Cardiología y realizarle una RMN en el Policlínico “S. C.”.

– El día 22 de mayo, cuando aún no habían recibido aviso alguno para practicarle las pruebas prescritas, tuvieron que acudir al Servicio de Urgencias del Hospital “Virgen del Castillo” de Yecla por un cuadro de doce horas de evolución de cefalea frontoparietal izquierda, gran tendencia a la somnolencia y vómito de contenido alimentario.

– Cuando procedían a su traslado en ambulancia al HUVA la niña sufrió episodios de apnea, por lo que tuvieron que regresar al Hospital “Virgen del Castillo” donde se procedió a intubarla y trasladarla al HUVA.

– Al ingresar en este último Hospital, R. presentaba pupilas midriáticas arreactivas bilaterales, corneal y óculo-cefálicos ausentes. El TAC daba un aumento de la hidrocefalia respecto del TAC previo.

– Fue intervenida a las 6 horas del día 23, apreciándose salida de líquido cefalorraquídeo a presión; el cerebro está sin flujo, se hernia y está pálido (muerte cerebral). Al disponerse el cirujano a abrir la duramadre el cerebelo está pálido, sin sangre, sufre una parada cardiorrespiratoria irreversible y se da por finalizada la intervención por *exitus* de la paciente.

Admiten los reclamantes que la niña nació con problemas de salud, pero consideran que el fatal desenlace se produjo porque no fue correctamente atendida: Hubo un retraso en la práctica de pruebas (el TAC prescrito para tres meses se efectuó con un año de retraso), se demoró la valoración clínica de las exploraciones realizadas (el Dr. M. L. tardó cuatro meses en analizar el TAC), no se ingresó de forma inmediata a la niña para realizar el preoperatorio y la intervención quirúrgica (por contra, se desvía a la paciente hacia otros servicios e incluso a otros centros). A todo cabe añadir, siempre según los reclamantes, que se intentó un traslado en ambulancia convencional, lo que obligó a regresar al Hospital “Virgen del Castillo” y a demorar, aún más, el ingreso en el HUVA.

Con base en los siguientes hechos se interpuso querrela ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Murcia, que procedió a incoar el correspondiente procedimiento que finalizó con auto de sobreseimiento provisional de fecha 4 de junio de 2003. Interpuesto recurso de reforma fue desestimado el 17 de septiembre de 2003.

Finalizan su escrito los reclamantes solicitando una indemnización total de 160.000 euros por daños morales según el siguiente detalle: 60.000 euros para cada progenitor y 20.000 euros para cada uno de los dos hermanos de la fallecida.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor, fueron reclamadas las historias clínicas de la menor, los informes de los profesionales que la asistieron, el de la Concejalía de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Yecla y el de la Inspección Médica, que expresan lo siguiente:

– El Jefe del Servicio de Pediatría (en funciones) del Hospital Virgen del Castillo refiere, en informe fechado el 6 de mayo de 2004, lo siguiente:

“El día 22 de Mayo de 2003 acudió a Urgencias (20:25 h.) la niña R. T. S. por un cuadro de 12 horas de evolución de cefalea frontoparietal izquierda, tendencia a la somnolencia, un vómito de contenido alimentario y sudoración fría. En la exploración física se encontraba consciente y orientada, reactiva a estímulos, con Glasgow de 15. Se contacta con neurocirujano de guardia del HV Arrixaca para derivación urgente a este centro.

Se traslada en ambulancia normalizada acompañada de enfermero. A la salida de Yecla (a escasos metros del hospital) presenta crisis de agitación, desconexión del medio y respiración ineficaz, por lo que vuelven a Urgencias. A su llegada presenta cianosis facial, pausas de apnea y Glasgow de 6, por lo que se procede a intubación orotraqueal conectándose a ventilación mecánica y se indica traslado en UCI móvil, acompañada de Pediatra de guardia y enfermero”.

– Informe fechado el 10 de mayo de 2004, en el que la Dra. M. L. del Servicio de Rehabilitación del citado Hospital refiere lo siguiente:

“Niña nacida el 3-2-1999 con mielomeningocele lumbosacro cerrado quirúrgicamente el mismo día, desarrollando posteriormente hidrocefalia que precisó colocación de válvula de derivación el 10-2-1999.

Fue remitida a este Servicio el 1-3-1999, siendo valorada inicialmente por el Dr. K., hasta el 8-2-00, en que comenzó el seguimiento por mi parte al solicitar la madre cambio de médico especialista.

Ya en esa fecha se había diagnosticado, además, displasia de cadera derecha, motivo por el que usaba arnés de Pavlick.

En la exploración inicial 8-2-00, presentaba control de tronco en sedentación con asistencia de, al menos, un miembro superior; contracción muscular distal en cuádriceps (nivel L3 motor funcional); ambos pies en actitud de equino reductible; prensión con ambas manos, intercambiando objetos y acercándolos a la línea media.

Fue vista, desde el inicio, en las siguientes fechas:

1-3-1999, 17-3-1999, 21-4-1999, 24-6-1999, 9-8-1999, 18-10-1999, 8-2 2000, 1-3-2000, 10-5-2000, 2-8-2000, 11-9-2000, 3-10-2000, 8-1-2001 y 5-2-2001.

Durante este tiempo, desde el punto de vista funcional y con respecto a la evaluación inicial, progresivamente consiguió: controlar tronco en sedentación sin asistencia, gateo con arrastre de miembros inferiores, gateo con alternancia, bipedestación con asistencia mínima y marcha con ortesis bitutor corta bilateral y asistencia de una tercera persona, aunque, debido a la debilidad del cuádriceps izdo. se estaba valorando prescribir ortesis bitutor larga para dicho miembro inferior.

Asistió al Centro de Atención Temprana todo este tiempo, donde recibía tratamiento fisioterápico”.

– Informe emitido el 28 de septiembre de 2004 por el Jefe de Servicio de Neurocirugía del HUCA, en el que se afirma lo que sigue:

“El mielomeningocele se produce por un cierre defectuoso de la columna en fase de neurulación durante los días 18 al 27 del desarrollo del embrión. Consiste en un defecto de la formación del dorso del embrión que afecta a la piel, el hueso y a la propia médula espinal. El 85% de los mielomeningoceles se localizan en la región lumbosacra. Casi todos los pacientes afectados de mielomeningocele también tienen una malformación de cerebelo y tronco llamada malformación de Chiari II, un grupo de anomalías que afectan todo el sistema nervioso. Los defectos del troncoencéfalo incluyen acodamiento del bulbo y anomalías intrínsecas de los núcleos del tronco. En los hemisferios del cerebro pueden producirse digenesia del cuerpo calloso, polimicrogiria, una masa intermedia grande y heterotopias de la sustancia gris. Desde el punto de vista óseo el defecto se caracteriza por una fosa craneal posterior muy pequeña y por un descenso de las amígdalas del cerebelo dentro del canal espinal. En España la malformación tiene una incidencia del 0'5x1000 nacidos vivos. La causa de la espina bífida es multifactorial, parece ser que se debe a defectos de nutrición, especialmente del ácido fólico, así como a una predisposición genética.

Las manifestaciones clínicas del mielomeningocele lumbosacro consisten en una pérdida de fuerza, variable, en extremidades inferiores, alteraciones de la sensibilidad en piernas y pies, así como alteración del control de los esfínteres. La mayoría de los niños afectados de espina bífida desarrollan hidrocefalia en el primer mes del nacimiento.

La malformación de Chiari II prácticamente esta presente en todos los niños afectados de mielomeningocele. Sin embargo la sintomatología solo aparece en alrededor del 17% de los mismos. El grado del descenso de cerebelo dentro del canal espinal, no se corresponde siempre con la clínica del paciente. Las manifestaciones clínicas de la malformación de Chiari II consisten en episodios de apnea, bradicardia, disfagia, nistagmus, estridor, parálisis de las cuerdas vocales, tortícolis, opistotonos, hipotonía, debilidad en brazos, y espasticidad. De todos estos niños que presentan alguna de estas manifestaciones de Chiari II, solamente alrededor del 17% requieren una intervención. El promedio de edad a la que se realiza dicha descompresión de la fosa craneal posterior esta alrededor del año. Los síntomas de la malformación de Chiari II a veces se resuelven espontáneamente al mejorar la hipertensión intracraneal, tras tratar la hidrocefalia.

El tratamiento del mielomeningocele, consiste en una intervención que se debe realizar en las primeras 48 horas de vida para evitar la contaminación y aparición de meningitis. En el caso de la niña R. T. S., el cierre se realizó el día del ingreso en el hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca", el 03/02/99. Durante el postoperatorio, que transcurrió sin incidencias, se apreció aumento del perímetro craneal, así como tensión en la fontanela, lo que indicó la realización de una ecografía craneal que mostró moderada hidrocefalia triventricular. La segunda intervención se realizó el día 10/02/99 y consistió en la colocación de una válvula para tratamiento de su hidrocefalia, intervención que transcurrió sin ningún tipo de complicaciones. La niña fue dada de alta por parte de Neurocirugía el 17/02/99, indicándosele controles en las consultas de Neurocirugía, Neuropediatría, Nefrología y Rehabilitación.

La primera revisión se realizó en la consulta de Neurocirugía el 15/04/99. Durante la revisión se comprobó que tenía estridor ocasionalmente y que no se atragantaba. La madre la encontraba bien y la niña se alimentaba y dormía bien. Había tenido dos ingresos en el hospital de Yecla por bronquiolitis. Durante dicha visita en consulta se solicitó una RMN y se le abrió la presión de apertura de la válvula con lo que se le quito el estridor. En la RMN se comprobó, como se sospechaba, la presencia de la malformación de Chiari II, así como cierto grado de hidrocefalia, asimismo se encontraron otras anomalías como hipoplasia del cuerpo calloso y dismorfia ventricular. En dicha fecha se solicitó la realización de un TAC craneal, pero no con carácter urgente.

La paciente fue vista de nuevo a la edad de 8 meses, como estaba programado, el día 07/10/99. En dicha revisión, y a causa de la clínica, se reprogramó la válvula en presión media, 110 mm de agua. Se vio asimismo el TAC que constaba que tenía asimetría ventricular.

La paciente fue vista de nuevo el 17/05/01 a la edad de dos años y tres meses. Consta que se atraganta y que tiene algunos vómitos cuando come, así como estridor únicamente por las noches. Se procede a exploración en la que se encuentran unos reflejos más bien disminuidos. Se solicita una RMN para ver el grado de descenso de las amígdalas, o sea el grado de la malformación de Chiari II. Ya hemos dicho que los síntomas de la malformación de Chiari II, a veces se resuelven espontáneamente, al mejorar la hipertensión intracraneal al tratar la hidrocefalia.

La paciente ingresa de urgencia el día 22/05/01. Procede del hospital de Yecla donde fue vista por un cuadro de cefalea de 12 horas de evolución, con un vómito. En dicho Centro el estado de consciencia de la niña es excelente. Durante el traslado sufre pausas de apnea por lo que la ambulancia se vuelve al hospital de Yecla donde se procede a intu-

bación y traslado. Al ingreso en nuestro Centro la niña esta inconsciente y con midriasis, con pupilas bilateralmente arreactivas. Asimismo se constata ausencia de reflejos corneal y óculo-cefálicos. Pasa a la UCI Pediátrica, desde donde se avisa al Neurocirujano de guardia. Se le realizó TAC de cerebro que evidenció aumento del tamaño ventricular respecto al TAC anterior. A pesar del estado extremadamente crítico, indicativo de muerte encefálica, se trasladó al quirófano en un intento desesperado de salvar la vida de la niña. Se le realizó un trépano con la colocación de un drenaje ventricular externo, procedimiento que se utiliza de urgencia para resolver una situación de hidrocefalia aguda. En el mismo acto operatorio se volvió a la niña boca abajo y se procedió a una craniectomía descompresiva de fosa posterior, que se abandonó por muerte durante la intervención. El diagnóstico de presunción fue de mal función de la válvula de hidrocefalia. El tiempo que transcurrió hasta la operación fue el necesario para su reanimación y realización de TAC.

CONSIDERACIONES:

Respecto al diagnóstico y tratamiento iniciales de la niña, así como el seguimiento ulterior, han sido los correctos y son los que habitualmente se realizan en estos niños afectados de patología de mielomeningocele e hidrocefalia.

El tratamiento de la hidrocefalia en niños con mielomeningocele consiste en la colocación de una derivación de líquido cefalorraquídeo, generalmente a peritoneo, que es lo que se realizó en esta niña. Los controles se hacen de forma periódica en la consulta externa, y también se instruye a los padres sobre la sintomatología que puede indicar una situación de urgencia, como son cefalea, vómitos y somnolencia, para que traigan al niño al hospital en caso de aparecer. Podríamos decir que la válvula que colocamos en la actualidad es una de las más perfectas de las existentes en el mercado, ya que permite la programación es decir, el ajuste de la presión desde el exterior, sin precisar de nueva intervención. De todas formas, y a pesar de todos los avances técnicos en el tratamiento de la hidrocefalia mediante válvulas, pueden aparecer complicaciones como son la obstrucción del catéter ventricular de la válvula. Dicha obstrucción puede ocurrir de manera lenta o puede ocurrir de forma rápida, como parece que sucedió en el caso de la niña R. T. El tratamiento que se realizó para su complicación de posible obstrucción del catéter ventricular, consiste en trépano y colocación de drenaje ventricular externo, fueron los correctos e indicados en esta situación.

Malformación de Chiari II. Ya hemos indicado que los niños afectados de mielomeningocele, aparte de la hidrocefalia, suele haber una malformación de Chiari II. Dicha malformación se debe al tamaño pequeño de la fosa craneal posterior que produce herniación, o descenso de cerebelo a la parte superior del canal espinal. Las consecuencias son compresión del tronco del cerebro. En el tronco se encuentran los núcleos que regulan la respiración y la circulación, así como otros núcleos que inervan los pares bajos encargados de la deglución. La sintomatología que produce la malformación de Chiari II a menudo es indistinguible de la sintomatología que produce una malfunción de una válvula. La malformación de Chiari II se asocia con una mortalidad alta, que oscila del 34 al 38%. La intervención asimismo tiene también una alta mortalidad que se estima alrededor de un 30%. Por dicho motivo es necesario estar muy seguros de la necesidad absoluta de realizar una descompresión de la fosa craneal posterior para el tratamiento de dicha anomalía, máxime cuando los síntomas o manifestaciones que puede producir son muy parecidos a las de una disfunción de una válvula y a veces ceden espontáneamente al tratar la hidrocefalia.

En resumen. Se trata de una niña operada de mielomeningocele y de hidrocefalia en la que aparecen durante su evolución, y durante el transcurso de los dos años de seguimiento algún síntoma aislado de posible disfunción valvular o quizás de una manifestación de malformación de Chiari II. En ninguna anotación clínica consta que el estado de la niña sea de gravedad como para motivar un ingreso e intervención de urgencia. El único instante en que se produce dicha indicación es el propio día en que ingresó, 22/05/01, cuando la niña prácticamente ingresó sin ninguna posibilidad de tratamiento. A pesar de todo, y dada la edad de la paciente, el Neurocirujano de guardia procedió a extremar todas las posibilidades terapéuticas, realizando una derivación externa de LCR e incluso procediendo a la descompresión de la fosa craneal posterior.

Asimismo es de destacar que está descrita en el mielomeningocele la presencia de anomalías estructurales de los núcleos del tronco del cerebro, donde hemos dicho que están situados los centros respiratorios, y que dichas anomalías no son susceptibles de tratamiento de cirugía. La sintomatología que producen son la que ya hemos referido en la malformación de Chiari II. Dichas anomalías morfológicas solamente son posibles de diagnosticar mediante la realización de estudio anatomopatológico "postmortem".

– La Inspección Médica, en informe de 15 de junio de 2005, tras amplias consideraciones, concluye que se evidencia que la asistencia sanitaria recibida en todo momento por la niña fue la adecuada, la periodicidad de las revisiones se ajustaba a la sintomatología o a la evolución propia de su patología; la realización de exploraciones complementarias fue conforme a las solicitudes de los médicos que las prescribieron, realizándose de forma urgente cuando así las requirieron, o de forma programada, cuando se solicitaban para valorar la evolución; la asistencia en el Servicio de Urgencias de Yecla valoró adecuadamente la urgencia del proceso, no pudiéndose considerar que el inicio del traslado en una ambulancia convencional influyera en el progreso o desarrollo del cuadro; la muerte se produjo como consecuencia de la evolución del cuadro de hipertensión intracraneal aguda por mal funcionamiento del sistema de derivación ventrículo-peritoneal, complicación conocida y relativamente frecuente (50% en 5 años y 100% en 12 años), y que precisa asistencia médica urgente. Por ello finaliza proponiendo la desestimación de lo reclamado.

TERCERO.- La instructora, dando cumplimiento a lo solicitado por los interesados en su escrito de reclamación, requiere a los Hospitales Virgen de la Arrixaca y Virgen del Castillo para que envíen copia de las reclamaciones presentadas en dichos centros hospitalarios.

El Director Gerente del Área V de Salud envía dos reclamaciones formuladas por la madre de la menor. Una de ellas en relación con la tardanza en realizarle un TAC, a lo que se le contesta que se le citará en breve, y otra en la que se quejaba de la pérdida de la historia clínica de la menor, que también es contestada trasladándole que la historia ha sido localizada en los archivos.

Por otro lado, el Coordinador Médico de la Unidad de Calidad del HUVA envía un escrito, indicando que no se ha localizado en dicho Hospital reclamación alguna presentada por los reclamantes.

CUARTO.- Obra en el expediente diversa documentación relativa al recurso contencioso-administrativo interpuesto por los reclamantes, como consecuencia del cual se sigue Procedimiento Ordinario núm. 124/2005 ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

QUINTO.- Con fecha 7 de marzo de 2006 se notifica a la aseguradora y a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia, sin que conste que hiciesen uso de él al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y la muerte de la menor.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 14 de junio de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

Los reclamantes, en su condición de padres y hermanos de la menor fallecida ostentan la condición de interesados para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En cuanto a la actuación mediante Letrado el artículo 32 LPAC establece que los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Precepto que se cumplimenta en este caso, mediante la aportación de escritura de poder otorgado por los interesados ante notario.

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el auto por el que se resolvía el recurso de reforma interpuesto contra el auto de sobreseimien-

to de las diligencias previas incoadas por los hechos origen de la presente reclamación, fue dictado el día 17 de septiembre de 2003, y la acción ha de entenderse deducida el día 6 de abril de 2004, fecha de presentación de la reclamación en el Registro General del Servicio Murciano de Salud.

Por último, el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios

y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Los reclamantes, en su escrito inicial, achacan a la Administración regional una inadecuada asistencia sanitaria, que tuvo como consecuencia última que las dolencias que R. padecía desde su nacimiento, ninguna de las cuales representaba un grave riesgo para su vida, se agravaran de tal modo que finalmente se produjo el óbito.

Para determinar si la actuación sanitaria ha sido conforme a la *lex artis*, conviene concretar los hechos probados en relación con la prestación sanitaria de la Administración, previa al fallecimiento de la menor, contrastándolos con los actos negligentes o incorrectos que los reclamantes imputan a la Administración sanitaria.

Pues bien, de la historia clínica, de los informes de los facultativos que atendieron a la paciente y de la única prueba pericial que obra en el expediente, es decir, el informe de la inspectora médica, se desprende lo siguiente:

– En relación con el alegado deficiente seguimiento de las lesiones padecidas por la menor.

Las patologías que presentaba R. eran, según se desprende de su historia clínica, las de mielomeningocele e hidrocefalia. El tratamiento adecuado ante estas dolencias consiste en la colocación de un sistema de derivación ventrículo-peritoneal con válvula Sophy, operación que se llevó a cabo mediante la intervención quirúrgica a la que se sometió a la paciente el día 10 de febrero de 1999. A partir de ese momento y durante dos años, la pequeña fue sometida a un riguroso seguimiento que se halla debidamente documentado en el expediente, y cuando las circunstancias lo exigían se llevaron a cabo las actuaciones médicas correspondientes, sin que haya constancia de ninguna omisión significativa.

– En relación con un posible retraso en la realización de pruebas prescritas por los facultativos.

Alegan los reclamantes que un TAC prescrito por el neurocirujano Dr. M.-L. se retrasó más de lo previsto, lo que pudo influir en que no se detectara un agravamiento de las dolencias de R.. Al respecto, afirma la Inspectora Médica que las exploraciones solicitadas por los distintos facultativos se llevaron a cabo de acuerdo con el carácter con el que fueron cursadas, realizándose de forma urgente las que así se precisaban y de forma programada

cuando se solicitaban para valorar la evolución de la enfermedad; sin que haya quedado acreditado en el expediente que el retraso en la práctica del TAC haya influido negativamente en el seguimiento del curso de las dolencias de la paciente.

– En relación con la urgencia no atendida, de llevar a cabo una intervención quirúrgica.

Según los reclamantes cuando en la consulta de neurocirugía examinaron a su hija el día 17 de mayo de 2001 y detectaron una asimetría ventricular, tenían que haberla intervenido quirúrgicamente de forma inmediata. A este respecto el neurocirujano que la atendió señala que en ninguna anotación clínica consta que el estado de la niña en esos momentos revistiera gravedad que motivara un ingreso e intervención de urgencia. Añadiendo la Inspectora Médica que la posibilidad de intervención quirúrgica que se apuntó en estos momentos, estaba relacionada con el recambio necesario de la válvula por el crecimiento experimentado por la paciente durante los primeros años de su vida, y no porque en ninguna de las revisiones “(y en particular en la última de 17-5-01) se apreciaran síntomas de alerta como: dificultad para respirar, problemas para succionar, alimentarse o el habla, llanto de tono agudo, letargo o somnolencia, falta de coordinación en los movimientos, dolor de cabeza severo o convulsiones, de afectación del estado neurológico de la niña”. Resulta, pues, que de los informes médicos y dictamen pericial de la Inspección médica, no se desprende que la intervención quirúrgica a la que se iba a someter a la menor revistiera carácter urgente alguno.

– En relación con la alegada errónea decisión de efectuar el traslado desde el Hospital Virgen del Castillo de Yecla al HUVA de Murcia, en una ambulancia convencional.

Constituye un hecho pacíficamente aceptado por todos que cuando R. era trasladada en ambulancia al HUVA, presentó una crisis de agitación, desconexión del medio y respiración ineficaz, que aconsejó el regreso al Hospital Virgen del Castillo, pero mientras que los reclamantes mantienen que dicho traslado se efectuó sin las medidas médicas adecuadas y que el retraso que conllevó la vuelta al Hospital Virgen del Castillo empeoró su estado de salud, los facultativos y la Inspección Médica, señalan que los síntomas que indicaban la necesidad de adoptar medidas especiales para su traslado no aparecen hasta escasos momentos después de que se iniciara dicho traslado; afirmando la Inspectora Médica que no se puede considerar que “*el inicio del traslado en una ambulancia convencional influyera en el progreso o desarrollo del cuadro*”.

– En relación con el manifestado retraso con el que fue intervenida en el HUVA.

Los interesados estiman que también hubo un retraso inexplicable e injustificable en intervenir quirúrgicamente a R. en el HUVA, ya que transcurrieron cuatro horas y media desde su ingreso hasta que fue operada. Sin embargo, no es esta la opinión más cualificada de la Inspección Médica, que considera que ese lapso de tiempo es el imprescindible para llevar a cabo “*la valoración y determinación del diagnóstico exacto*”.

Todo lo anterior permite concluir que la desgraciada muerte de R. se produjo a causa de las enfermedades que padecía y no por una inadecuada asistencia sanitaria. En efecto, a pesar de la afirmación de los reclamantes en el sentido de que ninguna de las dolencias que padecía la menor implicaba un riesgo para su vida si se trataban adecuadamente, en los informes médicos que obran en el expediente queda claro que “*tanto la malformación de Chiari, como la hidrocefalia o las complicaciones del sistema de derivación, pueden*

ocasionar enclavamiento de amígdalas y/o anomalías en los núcleos del tronco del encefalo, sin posibilidad de tratamiento una vez alterados, ya que afecta a los centros respiratorios y de la circulación” (folio 232). El tratamiento de la hidrocefalia en niños con mielomeningocele consiste en la colocación de una derivación de líquido cefalorraquídeo, generalmente a peritoneo, mediante la colocación de una válvula, y aunque la que se le implantó –afirma el Dr. M.-L. en su informe– “es una de las más perfectas de las existentes en el mercado, ya que permite la programación es decir, el ajuste de la presión desde el exterior, sin precisar de nueva intervención...pueden aparecer complicaciones como son la obstrucción del catéter ventricular de la válvula. Dicha obstrucción puede ocurrir de manera lenta o puede ocurrir de forma rápida, como parece que sucedió en el caso de la niña R. T...” y una vez surgida esta complicación el tratamiento dispensado a la menor fue, a juicio de la Inspección Médica, en todo momento el adecuado, produciéndose la muerte como consecuencia de la evolución del cuadro de hipertensión intracraneal aguda por mal funcionamiento del sistema de derivación ventrículo-peritoneal, sin que a ello coadyuvara una mala o inexistente asistencia sanitaria.

Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, la mera manifestación vertida por los reclamantes de que hubo negligencia en la actuación de los facultativos que atendieron a la paciente, no deja de ser una afirmación de parte realizada por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico. Correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de una omisión del tratamiento exigido por la ciencia médica, o la aplicación de uno inadecuado, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el fallecimiento de la hija y hermana de los reclamantes y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño, procediendo, en consecuencia, confirmar la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 54/07.- Revisión de oficio del acto administrativo de subvención de autoempleo concedida a D.^a M. R. M. O.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 23/04/07

Extracto de Doctrina

Concurre en el acto de concesión de la subvención la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1,c) LPAC, por cuanto debe entenderse que se trata de un acto imposible de ejecutar materialmente (el mantenimiento de la actividad durante tres años), pues requiere de una actividad que la beneficiaria no puede realizar por haber fallecido (imposibilidad material). También, conforme ha interpretado la doctrina jurisprudencial (STS, Sala 3ª, de 2 de noviembre de 2004) se trata de una imposibilidad originaria (antes del otorgamiento de la subvención), ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría la ineficacia del acto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social de 18 de marzo de 2005 (BORM número 71, de 30 de marzo) se regularon los Programas de Fomento de la contratación y el Autoempleo para dicho ejercicio económico y se efectuó su convocatoria pública, a cuyo amparo D. M. R. M. O. presentó, el 8 de abril de 2005, solicitud de subvención por importe de 4.500 euros con cargo al Programa denominado “Fomento del establecimiento de trabajadores autónomos” de la expresada Orden.

SEGUNDO.- Previo informe técnico favorable, por Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación de 27 de julio de 2005 le fue concedida la subvención solicitada, cuya finalidad era el fomento del autoempleo de personas desempleadas, quedando obligada la beneficiaria a mantener la actividad, al menos, durante 3 años, siendo realizado el pago mediante transferencia a la cuenta bancaria de la interesada el 1 de agosto de 2005.

TERCERO.- El 8 de mayo de 2006, el Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación acordó iniciar el procedimiento de reintegro al constatarse que, consultado el fichero de afiliación de trabajadores a la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 31 de mayo de 2005 la interesada había causado baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, por lo que no había mantenido la actividad subvencionada durante un mínimo de tres años.

CUARTO.- Tras intentar la notificación del precitado acuerdo de inicio en el domicilio de la interesada en la localidad de Jumilla, y figurando en el expediente el domicilio fiscal en Molina de Segura, fue remitido a este último, siendo recibido el 25 de julio de 2006 por D. I. O. B., madre de la beneficiaria.

QUINTO.- Con fecha 4 de agosto de 2006, fue remitido al Servicio Regional de Empleo y Formación (en lo sucesivo SEF), por correo certificado, un escrito, sin firmar, comunicando el fallecimiento de D. R. M. O., adjuntándose al mismo certificación literal expedida por el Registro Civil de Murcia, Sección 3ª, en el que consta que falleció el 10 de mayo de 2005.

SEXTO.- El Director General del SEF acordó, el 31 de agosto de 2006, el archivo del expediente de reintegro, al quedar acreditado que el fallecimiento de la beneficiaria se produjo en fecha anterior a la propia concesión y pago, todo ello sin perjuicio de la declaración de nulidad del acto de concesión de la subvención y de las obligaciones que de ello se derivan, siendo notificado al domicilio familiar indicado.

SÉPTIMO.- El 5 de octubre de 2006, el Jefe de Servicio de Coordinación y Gestión del F.S.E remite comunicación de régimen interior a la Jefa del Servicio Jurídico del SEF por estimar que en el acto de concesión de subvención a la interesada concurre un vicio de nulidad de pleno derecho, concretamente el establecido en el artículo 62.1, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

OCTAVO.- Por Resolución del Director General del SEF de 6 de noviembre de 2006, se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 27 de julio de 2005, de concesión de la subvención, siendo notificado al domicilio materno de la beneficiaria el 24 de noviembre de 2006, sin que se hayan formulado alegaciones.

NOVENO.- Con fecha 27 de diciembre de 2006, el Servicio Jurídico del SEF emite informe favorable a la declaración de nulidad de la resolución del Director General precitada, tras lo cual se adopta la propuesta de resolución por el Secretario General Técnico del citado organismo en el mismo sentido.

DÉCIMO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe favorable a la declaración de nulidad de pleno derecho, al haber fallecido la interesada con anterioridad a la fecha de la Resolución objeto de revisión, en concreto el 10 de mayo de 2005, y ser, por tanto, de imposible cumplimiento las obligaciones que conlleva la concesión de la subvención.

UNDÉCIMO.- Con fecha 16 de enero de 2007 se adopta el acuerdo de suspender el procedimiento, notificado a los familiares, por el tiempo que medie entre la petición de Dictamen sobre el presente procedimiento al Consejo Jurídico de la Región de Murcia y la recepción del mismo, al tratarse de un informe preceptivo y vinculante.

DUODÉCIMO.- El 24 de enero de 2007 (registro de entrada) se solicita Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico emite Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los supuestos de nulidad previstos en el artículo 62.1, en relación con el 102 LPAC.

SEGUNDA.- Sobre la competencia, plazo y procedimiento para la declaración de nulidad.

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia (circunstancia que concurre en el presente supuesto), o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano con-

sultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

1. Requisito temporal.

El acto administrativo que motiva el expediente de revisión de oficio es la Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación de 27 de julio de 2005.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de la nulidad puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción, a diferencia de la declaración de lesividad de los actos anulables (artículo 103.2 LPAC).

2. Procedimiento y órgano competente para la declaración.

El expediente ha sido instruido y tramitado por el SEF al que su Ley de creación (Ley 9/2002, de 11 de noviembre) le atribuye las competencias de desarrollo y ejecución de la política regional en materia de empleo, y concretamente sobre las que versa el acto administrativo objeto de revisión, es decir, el desarrollo y ejecución de los programas de creación de empleo estable entre los colectivos de desempleados (artículo 3.j de la precitada Ley).

En cuanto al órgano competente para la resolución del presente procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, este Consejo se remite a lo indicado en nuestro Dictamen núm. 40/2007, sobre un expediente de contenido similar.

Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC pues, de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen núm. 84/99), se ha otorgado un trámite de audiencia a los familiares en el domicilio fiscal de la beneficiaria, siendo la comunicación recibida por su progenitora (del acta de defunción se desprende que la finada era soltera), según exige el artículo 84.1 LPAC, sin que haya formulado alegaciones, y se ha acordado, en fecha 16 de enero de 2007, la suspensión del plazo para resolver el presente procedimiento, por el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, en evitación de su caducidad (artículo 102.5 LPAC), con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la misma Ley para el caso de solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

Sin embargo, acerca de la medida de suspensión acordada, cabe realizar también la siguiente observación, al igual que en nuestro Dictamen núm. 40/2007: la solicitud de Dictamen, a los efectos suspensivos de que se trata, debe considerarse efectuada en la fecha que tuvo salida oficial el correspondiente escrito de petición de Dictamen, que en este caso, al no constar en el oficio de solicitud el registro de salida del órgano consultante como exige el artículo 38.1 LPAC, debemos considerarla desde el registro de entrada de la petición en el Consejo Jurídico (el 24 de enero de 2007). Por tanto, aun cuando se haya adoptado y comunicado con anterioridad el acuerdo de suspensión, no cabe entender interrumpido el plazo previsto por la LPAC para su resolución hasta que no media la petición al Consejo Jurídico.

TERCERA.- La causa de nulidad que vicia el acto administrativo.

La Ley de Subvenciones regional (artículo 31) se remite, en cuanto a las causas de nulidad del acto concesional, a las previstas en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones del Estado, que reenvía, a su vez, a las indicadas en el artículo 62.1 LPAC.

Conforme a la propuesta de resolución, el acto de concesión estaría incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho, al haberse otorgado una subvención (4.500 euros) a una persona ya fallecida con la imposibilidad obviamente de cumplir la condición impuesta en el acto concesional de que se mantuviera la actividad como trabajadora autónoma al menos durante tres años, como exigía el artículo 19.1 de la Orden de 18 de marzo de 2005: “*Los beneficiarios vendrán obligados al mantenimiento de la actividad un mínimo de 3 años de forma ininterrumpida*”. Por tanto considera que concurre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1, c) LPAC para los actos que tengan un contenido imposible.

Se ha acreditado en el procedimiento que D. M. R. M. O., tras solicitar una subvención el 8 de abril de 2005, por importe de 4.500 euros, cuya finalidad era el fomento de autoempleo de las personas desempleadas, falleció el 10 de mayo siguiente, según certificado de defunción, con anterioridad a obtener la misma mediante Resolución del Director General del Servicio de Empleo y Formación de 27 de julio de 2005, y a su abono en la cuenta bancaria indicada por la solicitante. Dicha circunstancia no fue comunicada al SEF por parte de los herederos de aquella hasta que se inició el procedimiento de reintegro mediante acuerdo de 8 de mayo de 2006, cuando se recibió un escrito, sin suscribir, trasladando su defunción.

Por ello, el Consejo Jurídico coincide con el parecer de la propuesta de resolución elevada en que concurre en el acto de concesión de la subvención la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1,c) LPAC, por cuanto debe entenderse que se trata de un acto imposible de ejecutar materialmente (el mantenimiento de la actividad durante tres años), pues requiere de una actividad que la beneficiaria no puede realizar por haber fallecido (imposibilidad material). También, conforme ha interpretado la doctrina jurisprudencial (STS, Sala 3ª, de 2 de noviembre de 2004) se trata de una imposibilidad originaria (antes del otorgamiento de la subvención), ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría la ineficacia del acto.

Además también considera que concurre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,f) LPAC (“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”), pues la solicitante, en el momento del otorgamiento de la subvención, no reunía los requisitos subjetivos para su obtención.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que concurren las causas de nulidad previstas en el artículo 62.1, apartados c), y f) LPAC para declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Director General del Servicio de Empleo y Formación, de 27 de julio de 2005.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que procede la revisión de oficio de la Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación de 27 de julio de 2005, por la que se concedió una subvención de 4.500 euros a D. M. R. M. O., por estar incurso en las causas de nulidad previstas en el artículo 62.1, apartados c) y f) LPAC, siempre y cuando se adopte y notifique la resolución dentro de plazo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 55/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. O. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 30/04/07****Extracto de Doctrina**

Lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 7 de noviembre de 2001 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito formulado por D. M. R. E., en representación de A. M. A. y de don J. M. O. M., ante la citada Consejería, en el que reclama indemnización por los daños sufridos por este último a consecuencia del accidente que se produjo el día 23 de diciembre de 1999, a las 18,05 horas, cuando el segundo circulaba con su vehículo por la A. S., de Murcia, resultando que las dos ruedas derechas de éste se introdujeron en un socavón existente en la calzada, de unos 10 cms. de profundidad, 40 cms. de largo y 80 cms. de ancho.

A dicho escrito se acompañaba documentación acreditativa de que el Ayuntamiento de Murcia había tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial (RP 19/00) por reclamación interpuesta el 13 de enero de 2000, por los mismos hechos, concluyendo que no era competencia de dicha Administración el tramo de carretera donde se produjo el accidente, de conformidad con los informes emitidos por el Jefe de Vía Pública, desestimando dicha reclamación. Consta en los folios 98 y 99 del expediente remitido que el 4 de abril de 2000 se emplazó como interesada en aquel procedimiento a la Consejería consultante, que compareció mediante escrito de 3 de mayo de 2000, pero no formuló alegaciones sobre la pretensión del reclamante.

Asimismo, se adjuntaba a la reclamación copia de un oficio de la citada Consejería, fechado el 3 de noviembre de 2000, en el que, contestando a un previo requerimiento del interesado, se le informaba que no podía resolver reclamación alguna al no constar que se le hubiera dirigido ninguna al respecto.

Además, se adjuntan facturas relativas a la reparación del vehículo, fechadas en diciembre de 1999, por un importe de 39.000 pts. (557.14 euros) y del coste de unas fotografías tomadas de las citadas ruedas (1.502 pts.).

SEGUNDO.- Con fechas 28 y 29 de noviembre y 7 de diciembre de 2001, el órgano instructor acordó un trámite de subsanación y mejora de la reclamación presentada, solicitó informe a la Dirección General de Carreteras y a la Policía Local de Murcia, y requirió al citado Ayuntamiento para que le indicase el lugar de los hechos, así como una copia del expediente que había tramitado.

TERCERO.- Con fecha 21 de diciembre de 2001 se recibe copia del expediente de responsabilidad tramitado por el Ayuntamiento de Murcia. En él obra un informe de 10 de febrero de 2000 del Ingeniero Jefe del Servicio de Vía Pública (al que se adjunta una fotocopia de una fotografía del socavón) en el que señala lo siguiente:

“Realizada visita de inspección a la A. de S., en el lugar que se indica en la fotografía adjunta, se ha podido detectar lo siguiente:

Se trata de un bache existente en la calzada, realizado recientemente, ignorándose por este servicio quién lo ha realizado, dicho bache ha sido reparado deficientemente tal y como se indica en la fotografía, pudiendo haberse realizado por parte de alguna empresa de servicios (t., I., O., etc.), por parte de E., Servicios Industriales, Gerencia de Urbanismo, Servicio de Tráfico, Servicio de Bomberos, Junta de Hacendados, etc.

No obstante lo anterior, la vía en cuestión depende de la Dirección General de Carreteras de la Comunidad Autónoma de Murcia, siendo ésta responsable del mantenimiento de su red viaria”.

También obra un informe de 10 de marzo de ese año del Inspector Jefe de la Policía Local de Murcia que expresa lo siguiente:

“PRIMERO.- El día 23 de diciembre de 1999, sobre las 18’30 h., la Sala de Operaciones 092 indicó a los agentes de Policía Local nº X y X, que se personaran en A. S., nº X, donde fueron requeridos por D. J. M. O. M. –DNI nº X, domiciliado en A. J. C., nº X, Murcia– quien refería que cuando circulaba con el turismo de su propiedad, Seat Toledo, X, pasó sobre un socavón en la calzada al no percatarse del mismo, sufriendo daños en las ruedas delantera y trasera del lado derecho (presentando golpes en las llantas de aleación y deformación en los neumáticos).

SEGUNDO.- Por parte de los agentes actuantes se comprueba que en dicha vía, frente al nº X, existía un socavón de 1 metro de longitud, 0,5 m. de ancho y al menos 10 cms. de profundidad con el fondo de chapa, y que según manifestaciones de los vecinos de la zona, corresponde al registro de la acequia Casteliche que pasa por dicho lugar.

TERCERO.- Es de significar que los Policías intervinientes no presenciaron los hechos que refiere el reclamante, colocando en la zona vallas y conos de señalización con el fin de advertir de la deficiencia a otros usuarios de la vía”.

CUARTO.- Reiterada la solicitud de informe a la Dirección General de Carreteras, es emitido el 31 de enero de 2002, en el que se manifiesta lo siguiente:

- 1) La carretera pertenece a esta Administración regional. Es la denominada A2, del camino de Churra al de Zaráiche por Zarandona.

- 2) En el lugar señalado por el reclamante no se observa ningún socavón ni muestras de haber sido reparado recientemente alguno.
- 3) No parece probable que por el socavón de 80x40 cms. referenciado por el reclamante puedan pasar las dos ruedas delanteras de un vehículo tipo turismo
- 4) No consta que hubiese señalización preventiva del socavón en el lugar y día señalado por el reclamante.
- 5) No existe relación de causalidad entre el presunto siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, ya que los daños reclamados no consta que se produjeran en el lugar señalado y así consta en el informe de la policía local, en que se manifiesta que los policías intervinientes no presenciaron los hechos.
- 6) Se estima que no se acreditan suficientemente los hechos reclamados en el lugar de la calzada en que presumiblemente se produjo el siniestro.

QUINTO.- Con fecha de 12 de julio de 2004 se reitera solicitud de la copia completa del atestado, informe o cualquier otra diligencia instruida por la Policía local de Murcia relativa al hecho por el que se reclama, que es cumplimentado mediante oficio de 20 de agosto de 2004, al que se adjunta el parte de 23 de diciembre de 1999 extendido entonces por los agentes actuantes. Dicho parte expresa lo siguiente:

“Que una vez en el lugar son requeridos por quien se identifica como J. M. O. M., con D.N.I. X, con domicilio en la A. J. C. nº X de Murcia y teléfono X, quien informa que conducía el vehículo marca Seat Toledo matrícula de X sufriendo los daños.

Que, según manifestaciones del conductor, los daños se han producido al pasar por encima de un socavón que hay en esa vía, no percatándose de la existencia del mismo, habiéndose producido al parecer los siguientes daños en el vehículo.

**Rueda delantera derecha, golpe en la llanta de aleación y deformación en la cubierta de la rueda.*

**Rueda trasera derecha, golpe en la llanta y pequeña deformación en la cubierta de la rueda.*

Que se comprueba que en dicha vía a la altura del nº X hay un socavón de 1 metro de longitud por 0'5 metros de ancho y al menos 10 centímetros de profundidad con el fondo de chapa y que según manifestación de los vecinos del lugar este socavón oculta la acequia Casteliche que pasa por dicho lugar.

Que de forma preventiva y por medio del E 94 se procede a colocar en la zona dos vallas para acotar el lugar y tres conos de señalización con el fin de advertir y señalar la zona a los usuarios de la vía”.

SEXTO.- Solicitado con fecha 12 de julio de 2004 un informe del Parque de Maquinaria a los efectos de determinar el valor venal del vehículo en el momento del accidente, y los daños sufridos, es emitido el 22 de septiembre de 2004, manifestando lo siguiente:

“I- VALOR VENAL DEL VEHÍCULO

El valor venal del vehículo implicado, un turismo marca SEAT, modelo TOLEDO 1.9 TDI, matrícula X, con fecha de matriculación el 02/1998, es de aproximadamente 5.550,00 Euros en la fecha del accidente motivo de esta reclamación.

2-VALOR DE LOS DAÑOS SUFRIDOS

El valor de los daños reclamados, según las fotocopias de facturas que se aportan, asciende a la cantidad de 40.502,00 Pts., y que corresponde a la reparación de los daños materiales del vehículo, de 39.000,00 Pts., más el importe de un reportaje fotográfico sobre las ruedas, 1.502,00 Pts., según consta el mismo.

Consideramos a efectos de este apartado que únicamente se deben considerar los daños materiales ocasionados al vehículo y que asciende a la cantidad de 39.000,00 Pts., cifra que se estima correcta en función de los trabajos y materiales que amparan. El resto del importe, las 1.502,00 Pts., entendemos son gastos generados como medio de prueba y por tanto no imputables.

3-OTRAS CUESTIONES DE INTERES

Parece deducirse de la lectura del expte. y de lo estimado por el que suscribe, que se deberá determinar de la manera más exacta posible la situación del socavón, si es exactamente eso o un registro de acequia, según consta en el informe de la Policía Local, o bien una zanja o agujero abierto para algún tipo de obra, según otro informe que se acompaña solicitado al Excmo. Ayuntamiento por el propio reclamante y el nuestro propio de la zona a la que corresponde la carretera A-2, y si existe limitación de velocidad por disco o limitación genérica por el tipo de carretera, todo ello en base a que normalmente los daños reclamados sólo se suelen producir cuando se circula a una velocidad inadecuada”.

SÉPTIMO.- Con fecha 19 de octubre de 2004 el interesado ratifica mediante comparecencia su apoderamiento a favor de D. M. R. E., que al día siguiente presenta escrito por el que adjunta diversa documentación, requerida en su día, y solicita que se pida informe a la Policía Local de Murcia.

OCTAVO.- El 22 de noviembre de 2004 se acuerda el preceptivo trámite de audiencia de conformidad con el artículo 11 del RD 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RRP), sin que conste la presentación de alegaciones.

NOVENO.- El 22 de septiembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, acogiendo las razones expresadas en el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado en el Antecedente Cuarto.

DÉCIMO.- Solicitado el 3 de octubre de 2006 de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, mediante Acuerdo 16/2006 requirió al consultante para que completara el expediente con la remisión de su preceptivo extracto y el original o una copia de mayor calidad de la fotografía obrante en el expediente.

UNDÉCIMO.- Mediante oficio de 12 de diciembre de 2006 la Consejería remite el extracto requerido, solicitando nuevamente la emisión del Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser el titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en razón de las circunstancias expresadas en el Antecedente Primero, segundo y tercer párrafo, de este Dictamen.

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y RRP.

No obstante, se advierte que la Consejería no cumplimentó lo acordado en su día por este Consejo Jurídico en orden a conseguir una mejor copia de la fotografía obrante en el expediente, si bien ello no impide entrar en el fondo de las cuestiones planteadas en el expediente.

Por otra parte, existe un error en el Antecedente Sexto de la propuesta de resolución, en cuanto las cantidades allí expresadas en euros no se corresponden con las indicadas, correctamente, en el informe del Parque de Maquinaria a que se refiere dicho Antecedente, lo que deberá ser corregido.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalado, el socavón a que se refiere la reclamación, pues a aquella corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, ha de considerarse acreditado, con el parte policial extendido al efecto el día del accidente, que el reclamante colisionó con un socavón existente en la calzada por la que circulaba, pues no puede admitirse que tal acreditación requiera en todo caso de la presencia policial en el mismo momento del accidente, como se desprende del informe de la Dirección General de Carreteras (que, por otra parte, yerra al entender que fueron las dos ruedas delanteras del vehículo las que impactaron con el socavón, cuando el reclamante indica que fueron las dos ruedas derechas). En este sentido, y conforme hemos indicado en numerosos Dictámenes emitidos en casos análogos al presente, y que la Consejería consultante bien conoce, hechos como el que nos ocupa pueden deducirse, por indicios, de las circunstancias del caso, como resulta en el presente, en que los agentes actuantes comprobaron la existencia del socavón y los daños en el vehículo, que han sido considerados por el Parque de Maquinaria acordes con el accidente de que se trata. Por otra parte, no puede considerarse que a la producción del daño concurría un exceso de velocidad, ya que nada se ha instruido al efecto (no consta siquiera cuál era el límite establecido en la vía en cuestión).

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

De acuerdo con el informe del Parque de Maquinaria reseñado en el Antecedente Sexto, ha de indemnizarse al reclamante por el valor de la reparación del vehículo, es decir, 557'14 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC. No procede indemnizar los demás gastos reclamados por no estar originados necesariamente por el funcionamiento anormal de los servicios públicos en que se funda la reclamación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización que procede reconocer debe atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- Por lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente. La propuesta deberá corregir el error advertido en la que ahora se informa, en los términos expresados en la Consideración Segunda, III, 3^{er} párrafo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 56/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. Y., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 30/04/07

Extracto de Doctrina

La doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de marzo de 2004, D. P. M. Y. y su hija D. S. M. C., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud

(en adelante, SMS), por la muerte de su esposa y madre, respectivamente, D. P. C. G., que imputan a la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según los reclamantes, D. P. C., de 57 años de edad, ingresó el 24 de junio de 2003 en la F. H. C. (en lo sucesivo, FHC), por un estreñimiento de más de 20 días de evolución y con tratamiento recomendado a cirugía general.

No se hicieron pruebas ni se aplicó tratamiento alguno hasta el día 2 de julio, ocho días después, fecha en la que se le practicó una colonoscopia con el resultado de colitis aguda, con mucosa friable y edematosa en todo el trayecto, e imágenes de pseudomembranas. Al día siguiente se le instauró un tratamiento antibiótico.

El día 5 de julio aparece fiebre y un deterioro neurológico progresivo, ante lo cual se le instaura un tratamiento antibiótico distinto, pero no se aborda la intervención quirúrgica.

El día 7 de julio se traslada a la paciente al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer (HMM), en el que, tras practicarle una laparotomía, se comprueba que presenta un megacolon perforado con peritonitis fecaloidea, el colon desvitalizado de forma que se rompe con la mínima tracción, falleciendo al día siguiente.

De lo expuesto, los reclamantes deducen que la enferma no fue atendida correctamente por parte de los facultativos del FHC que la asistieron, ya que: *“D. P. acudió al servicio de urgencias con un estreñimiento de 20 días, y tras ser el tratamiento recomendado el de intervención quirúrgica, su estado en el H. F. de C. es de total abandono, no se le practican pruebas ni tratamiento hasta 9 días después del ingreso, lo que provoca un deterioro que, ni aún así, lo estiman suficiente para proceder a una intervención quirúrgica, en estado casi irreversible se traslada al Hospital Morales Meseguer, donde la actuación es totalmente correcta, pero demasiado tarde”*.

En consecuencia, consideran que existe una evidente relación de causalidad entre la negligente asistencia sanitaria recibida por la Sra. C. y su posterior fallecimiento, por lo que solicitan ser indemnizados con 119.858 euros (84.606,05 euros para el cónyuge y 35.252,52 euros para la hija menor de edad), cantidad que obtienen en aplicación del sistema para la valoración de los perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Acompañan a la reclamación la siguiente documentación:

- Copia del informe médico del servicio de urgencias de la FHC, fechado el día 24 de junio de 2003.
- Copia del informe médico de ingreso de la misma fecha.
- Informe médico del HMM.
- Copia del certificado médico de defunción.
- Copia del libro de familia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

TERCERO.- Por la instructora se solicita copia de la historia clínica de la paciente a los dos Hospitales (FHC y HMM) en los que fue atendida, e informe de los profesionales que la asistieron.

– Por parte de la FHC, se remite historia clínica e informes de los Dres. F. T. y Tío, Jefe del Servicio de Cirugía General, y A. L., especialista en Medicina Interna. En el emitido por el primer facultativo, se hace constar lo siguiente:

La paciente “P. C. G. ingresa en la FHC el 24/6/03 con el diagnóstico de suboclusión intestinal. Cuenta 20 días de estreñimiento y entre sus antecedentes destaca haber sido intervenida de coleditiasis y una cesárea. Síndrome depresivo en tratamiento. Obesidad. Hipotiroidismo. Infartos lacunares.

Queda ingresada a cargo de cirugía con tratamiento médico conservador y estudio del estreñimiento.

En los días siguientes a su ingreso comienza con peristaltismo y deposiciones de heces formes no sanguinolentas y en los estudios radiológicos sucesivos (Días 24, 25, 26, 28, 30/6/03 y 1, 2 y 4/7/03) se comprueba la evolución de estado de la paciente no objetivándose neumoperitoneo que nos haga sospechar en una perforación intestinal ni niveles que nos informen de cuadro obstructivo. Si se aprecia dilatación del marco cólico por lo que se solicita una colonoscopia.

La paciente presenta deterioro de su estado general por lo que se decide traslado a UCI del Hospital Morales Meseguer.

Ante estos hechos y en respuesta a solicitud por parte de la Gerencia de la FHC expongo:

– No existe retraso injustificado en el tratamiento, pues el hecho de ingresar en Cirugía General no tiene por qué sentar criterio de cirugía inmediata. Se ingresa para estudio y tratamiento que podrá ser médico o/y quirúrgico.

– El estreñimiento o síndrome oclusivo puede deberse a muchas causas, entre ellas, el haber sido sometida a intervenciones quirúrgicas anteriormente, el tratamiento antidepresivo y otras muchas situaciones.

– La colonoscopia se debe de realizar en unas condiciones determinadas de tubo digestivo limpio.

– El resultado de la colonoscopia nos informa de una enfermedad grave y su evolución no es fácilmente predecible.

– En ningún momento con los estudios radiológicos realizados existen datos de perforación intestinal que indicasen la intervención quirúrgica urgente. Dicha perforación puede acontecer en cualquier momento.

– Ante la situación de fiebre y deterioro neurológico se decide consultar al Servicio de Medicina Interna que prescribe tratamiento correspondiente”.

El informe suscrito por el facultativo citado en segundo lugar, se expresa en los siguientes términos:

“Paciente consultada a nuestro servicio, por cuadro de fiebre y deterioro general.

Tiene antecedentes de HTA en tratamiento farmacológico con ARA II y diuréticos; tratamiento hipolipemiente por: hipercolesterolemia; Hipotiroidismo en tratamiento sustitutivo; Intervenida hace aproximadamente un año de coleditiasis procediendo a una colecistectomía. Desde entonces presenta un cuadro de debilidad progresiva en MMII y en

MSI; valorado por neurología (mediante RMN cerebral y cervical, y una EMG pendiente de realizar) considera una discopatía C5-C6 con mielopatía cervical, además de infartos lacunares subcorticales. También presenta un síndrome depresivo en tratamiento con Rexer 30 (1/2 cp) y orfidal 3 al día. Palpitaciones por probable fibrilación auricular paroxística.

Consultó en Urgencias por estreñimiento pertinaz de más de 20 días de evolución, que no responde a laxantes: sin dolor abdominal y ventoseando. Vómitos ocasionales y mayor distensión abdominal, por lo que se procede a sonda nasogástrica y dieta absoluta. Tiene un patrón radiológico de dilatación de colon transverso y algunas asas de delgado, sin signos de irritación peritoneal. Los ECG presentan una taquicardia sinusal. En la analítica destaca hipoalbuminemia y descenso de T4 a 2,6 pmol/l y 6.09 U/l/ml. Se realiza colonoscopia el día 1 con resultado de colitis aguda con signos inflamatorios evidentes y pseudomembranas hasta colon transverso, no progresando más, por probable colitis pseudomembranosa grave. Se solicitó toxina de clostridium difficile, estando pendiente de resultados. Se pautan enemas seriados con eficacia variable. Presenta febrícula y se inicia tratamiento con ceftriaxona y metronidazol, desde el día 1 de Julio. Por candidiasis oral se pautó tratamiento con fluconazol y nistatina. Se canaliza vía central y permanece con sonda nasogástrica. El día 6 presenta fiebre de 38,5° y deterioro general. En los controles analíticos presenta pancitopenia con 3.800 leucocitos (previo de 22.300), anemia de 9.5 (previa de 15.3) y trombopenia de 9.000 (previa 159.000). Se plantea cuadro de sepsis de posible origen abdominal (megacolon tóxico por colitis pseudomembranosa). Se varía cobertura antibiótica mediante Imipenem y se inicia nutrición parenteral. Se transfunden concentrados de hematíes y plaquetas. A las 8 horas sigue presentando fiebre y mal estado general con disminución del nivel de conciencia, por lo que se consulta con la U.C.I del hospital Morales Meseguer (Dr. C.) aceptando su ingreso.

Diagnóstico principal: Sepsis de probable origen abdominal. Colitis pseudomembranosa grave.

Otros diagnósticos:

- Hipotiroidismo
 - Estreñimiento crónico.
 - Mielopatía cervical con paraparesia secundaria.
 - HTA.
 - Infartos cerebrales lacunares.
 - ACXFA paroxística.
- Procedimientos Quirúrgico: No.

Otros procedimientos diagnósticos: Serie radiológica; colonoscopia.

Tratamiento:

1. Dieta absoluta.
2. 1500 de glucosalino + 10 Meq de CLK en c/500 cc.
3. NUTRIPLASMAL 1000 cc c/24 horas.
4. TIENAM 500 mg iv c/6 horas.
5. HIDROCORTISONA 100 mg iv c/8 horas
6. SEGURIL 1 amp iv c/8 horas.
7. LEVOTHROID 150 mg c/24 horas.
8. OXÍGENO en gafas nasales a 3 l x".

– El HMM remite asimismo copia de la historia clínica e informe de la Dra. A. R. V., que manifiesta:

“Paciente de 57 (años) con antecedentes de HTA, hipotiroidismo y mielopatía cervical, que ingresó en nuestra Unidad, procedente del H. C. el 07 Julio de 2003 por cuadro séptico.

La paciente presentaba un cuadro de estreñimiento y dolor abdominal, por el que estaba en estudio y tratamiento en dicho Hospital. Se realizó una colonoscopia en la que se objetivaron lesiones en mucosa sugestivas de colitis pseudomembranosa, iniciándose tratamiento antibiótico. Sin embargo 48 horas antes de su ingreso en nuestra Unidad sufrió un deterioro clínico severo, motivo por el que finalmente se consultó y trasladó ingresando en UCI.

A su llegada, y por la evolución de la paciente en los últimos días se decidió realizar un TAC abdominal, en el que se objetivó la presencia de neumoperitoneo, indicándose por ello intervención quirúrgica urgente.

En la laparotomía realizada presentaba megacolon perforado a nivel de transverso con peritonitis fecaloidea, realizándose colectomía subtotal preservando ampolla rectal.

Desde su ingreso, y a pesar del tratamiento quirúrgico y antibiótico, la paciente desarrolla un cuadro de fracaso multiorgánico con afectación fundamentalmente neurológica, hemodinámica, por la que precisó tratamiento con fluidoterapia intensa y drogas vasoactivas a dosis crecientes, así como fracaso hematológico (precisando transfusión de concentrados de hematíes y plaquetas), renal y respiratorio. En éste marco desarrolla también acidosis metabólica severa, sin mejorar a pesar de tratamiento, siendo finalmente éxitus”.

CUARTO.- Con fecha 20 de octubre de 2004 la instructora dirige escrito a los reclamantes requiriéndoles para que, en el plazo de 10 días, propongan los medios de prueba de que pretendan valerse.

El siguiente día 18 de noviembre los interesados presentan escrito por el que proponen prueba documental consistente en las historias clínicas de la asistencia sanitaria prestada a la paciente en los Hospitales FHC y HMM. Solicitando que una vez obre dicha documentación en poder de la instrucción, se proceda darle copia para poder así proceder a la elaboración, y posterior aportación al expediente, de un dictamen pericial.

Obtenida dicha copia, los reclamantes presentan informe preliminar emitido el día 2 de noviembre de 2004 por los facultativos Dres. A. C. y G. H., especialistas en Valoración de Discapacidades y Daño Corporal, en el que, tras resumir las historias clínicas de la paciente, concluyen del siguiente modo:

“Consideramos que el tratamiento de la paciente fue inadecuado por:

1. La presencia de un cuadro de Obstrucción Intestinal de tiempo prolongado de evolución y presencia de signos de infección (Leucocitosis), es indicación Absoluta de Laparotomía Diagnóstico-Terapéutica de carácter Urgente.

2. Tanto el pronóstico como la evolución del cuadro están condicionados por el tratamiento quirúrgico precoz.

3. En el presente caso, se demoró el tratamiento quirúrgico desde el 24-6-2003 hasta el 7-7-2003”.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 9 de febrero de 2006, con las siguientes conclusiones:

“– La asistencia sanitaria prestada en la F. H. C. a D. P. C. G., fue correcta, se realizaron exploraciones físicas y complementarias, para valorar su evolución y para diagnóstico etiológico, sin descartar ninguna posible causa del cuadro.

– El Megacolon Tóxico es una complicación potencialmente mortal, que puede asociarse a colitis ulcerosa, Enfermedad de Cróhn, amebiasis, colitis pseudomembranosa, etc.

– Existió una rápida y desfavorable evolución, con íleo, megacolon y signos de toxicidad sistémica, que indicaban el ingreso en una Unidad de Cuidados Intensivos”.

El informe propone la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- La instructora requiere al Director Gerente de la FHC para que informe si todos y cada uno de los facultativos que atendieron a la Sra. C. desde el 24 de junio al 7 de julio de 2003, ostentan la condición de facultativos del Servicio Murciano de Salud o si son personal de la citada F., en cuyo caso deberán trasladar la reclamación a su aseguradora a efectos de su personación en el expediente.

Mediante escrito fechado el día 2 de junio de 2005 se cumplimenta dicho requerimiento, informando que los profesionales que prestaron asistencia a la paciente son personal laboral de la F. También se señala por el Director Gerente que se ha procedido a trasladar el expediente a M. I., compañía aseguradora de la FHC.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados (reclamantes, Z. E., aseguradora del SMS, y FHC), comparecen el reclamante Sr. M. Y. y un representante de la FHC, que retiran copia de diversa documentación obrante en el expediente. Transcurrido el plazo otorgado para formular alegaciones no lo había hecho ninguno de los interesados.

OCTAVO.- El 24 de abril de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no concurrir los requisitos legalmente exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el desgraciado fallecimiento de la paciente y el funcionamiento de los servicios públicos asistenciales.

NOVENO.- En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de mayo de 2006.

DÉCIMO.- Posteriormente la titular de la Consejería dirige a este Órgano Consultivo oficio que tiene entrada en el Registro el día 17 de mayo de 2006, mediante el que se remite escrito de alegaciones formuladas por la FHC al que se acompaña dictamen médico emitido por perito de la aseguradora de dicha entidad. En este informe el facultativo Dr. B. M., tras formular las consideraciones médico legales que consideró oportunas, concluye del siguiente modo:

“1. La asistencia prestada a la asegurada en el Hospital F. C. fue correcta, con seguimiento exploratorio y de medios diagnósticos adecuados al protocolo de asistencia, así como con el aporte de los tratamientos indicados al efecto.

2. La aparición de un megacolon tóxico junto con la colitis pseudomembranosa es una complicación grave y potencialmente mortal que precisa de cuidados insistentes, motivo por el cual se indica ingreso en una Unidad de Cuidados Intensivos.

3. *La muerte sobrevino por una rápida, y desfavorable evolución debido a la aparición de un shock séptico y fallo multiorgánico debido a las complicaciones presentadas”.*

UNDÉCIMO.- Mediante escrito fechado el 31 de julio de 2006 la Consejería consultante remite a este Consejo Orden de la Consejera de Sanidad, por su delegación del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, dictada el día 21 de julio de 2006, mediante la que resuelve desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por el Sr. M., haciendo constar que lo hacía una vez emitido el Dictamen del Consejo Jurídico. Como quiera que tal afirmación no se correspondía con la realidad, se informó de tal extremo a la Consejería, significándole que al haber sido resuelto el expediente no es posible emitir el Dictamen que tenían solicitado, salvo que, de considerarlo oportuno, se revocase dicha Orden y se reiterase la petición de Dictamen.

DUODÉCIMO.- Con fecha 29 de enero de 2007 el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad eleva a su titular informe propuesta de revocación de la Orden antes mencionada, argumentado para ello que se cometió un error al considerar que el Dictamen núm. 116/2006 del Consejo Jurídico, evacuado en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado por D. J. M. O., correspondía al expediente de D. P. M. Y., equivocación que se justifica por la coincidencia en el primer apellido de ambos reclamantes.

Con la misma fecha el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por delegación de la Consejera de Sanidad, dicta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), Orden de revocación de la emitida el día 21 de julio de 2006.

De tal revocación se da traslado a las partes interesadas, formulándose alegaciones por el reclamante mediante las que insta a la Administración a resolver cuanto antes la reclamación que formuló el día 18 de marzo de 2004.

DECIMOTERCERO.- En tal estado de tramitación y tras completar el expediente con copia debidamente compulsada y foliada de las actuaciones llevadas a cabo desde el momento en que se detectó el error cometido al dictar la Orden de 21 de julio de 2006 hasta la notificación de su revocación, la Consejería de Sanidad, mediante escrito que se recibe en este Consejo Jurídico el día 19 de abril de 2007, solicita nuevamente la emisión de Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, y por el cónyuge e hija de la fallecida, quienes se consideran perjudicados por la pérdida afectiva de un familiar tan cercano, lo que les otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos LPAC. Sin perjuicio de lo anterior cabe señalar que en el momento de interposición de la reclamación S. M. C. tenía 16 años, es decir, era menor de edad y, como tal, carecía de capacidad de obrar para entablar una reclamación por responsabilidad patrimonial. En tal situación, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil, a cuyo tenor los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, dicha reclamación debió ser interpuesta por su padre. No obstante, debe tenerse en cuenta que la hija de la fallecida es hoy en día mayor de edad, por lo que procede que, antes de que se dicte Resolución, se le otorgue la posibilidad de personarse en el expediente y ratificar la reclamación formulada en su nombre.

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien es cierto que la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en la FHC, ello no obsta para que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, ya que la asistencia recibida por la paciente trae causa, según se desprende de los datos que obran en el expediente, de un concierto previo con la Administración sanitaria por lo que, en última instancia, es dicha Administración la que debe asumir el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado en dicho centro sanitario de naturaleza fundacional, con el mismo alcance que si se hubieran ocasionado en sus propias instalaciones, toda vez que las exigencias del principio de indemnidad, consagrado en el artículo 106 de la Constitución, hacen indiferente quién sea el causante inmediato del daño, sin que quepa colocar a los ahora reclamantes en peor posición por el hecho de que el daño haya sido causado no por el servicio público sanitario propiamente dicho, sino por un centro sanitario concertado, pues éste, al fin y al cabo, actúa por cuenta de aquél.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP. En cuanto a las alegaciones formuladas fuera de plazo por la FHC y más concretamente respecto del dictamen médico que a ellas se une y el valor probatorio que el mismo pueda desplegar en el procedimiento, hay que señalar que su incorporación al expediente implica la existencia de nuevos datos que, en puridad, hubiera obligado a conceder un nuevo trámite de audiencia y elaborar nueva propuesta de resolución. Sin embargo, al no aportar las conclusiones de dicho informe nada sustancialmente distinto a lo concluido por la Inspección Médica, y atendiendo a los principios de eficacia, economía procedimental y salvaguarda de los derechos de los interesados, entre los que figura el de recibir a la mayor brevedad posible una resolución expresa y motivada, el Consejo considera pertinente examinar el fondo de la cuestión planteada.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por el artículo 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal

o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

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

Por otro lado, en lo que se refiere a reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la “*lex artis*”, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

A su vez la doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Entrando en los aspectos sustantivos del supuesto examinado, debe partirse del hecho de la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, de conformidad con lo exigido por los artículos 139.2 y 141.1 LPAC.

El principal problema que suscita el expediente se refiere a la existencia de nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado, y a la concurrencia de antijuridicidad de éste, es decir, que no exista, conforme a la Ley, un deber jurídico de soportarlo, extremos que corresponde acreditar al interesado, de acuerdo con la regla de distribución de la carga de prueba contenida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Más específicamente, en relación con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, debe recordarse el deber que en este sentido impone el artículo 6.1 RRP, sin perjuicio de que la Administración debe colaborar con todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Los reclamantes sitúan la inadecuada asistencia sanitaria prestada a D. P. C. en la inactividad de los facultativos que la atendieron en la FHC. Afirman que el fallecimiento de la Sra. C. obedece al hecho de que se demorara la intervención quirúrgica que su estado de salud demandaba. Estas afirmaciones se avalan con la aportación de un dictamen médico (que se autocalifica como preliminar) emitido por los Dres. A. C. y G. H., especialistas en valoración de discapacidades y daño corporal, en el que se afirma que el tratamiento dispensado a la paciente fue inadecuado porque la *“presencia de un cuadro de Obstrucción Intestinal de tiempo prolongado de evolución y presencia de signos de infección (leucocitosis), es indicación Absoluta de Laparotomía Diagnóstico-Terapéutica de carácter Urgente”*. Según estos facultativos la asistencia sanitaria que se prestó la Sra. C. no fue la exigida por la naturaleza de las lesiones, ya que tanto el pronóstico como la evolución del cuadro están condicionados por un tratamiento quirúrgico precoz, pese a lo cual la intervención se demoró desde el 24 de junio de hasta el 7 de julio de 2003.

Existen, sin embargo, en el expediente otros elementos probatorios que contradicen el contenido de este informe. Se trata de las valoraciones técnicas de las asistencias prestadas por los facultativos que se reflejan en el informe de la Inspección Sanitaria (folios 306 a 313) y en el dictamen médico aportado por la aseguradora de la FHC. En el primero de ellos la Inspectora actuante indica, en relación con las afirmaciones contenidas en la reclamación sobre la falta de pruebas y el retraso en la intervención quirúrgica, lo siguiente:

a) Desde el día siguiente a su ingreso, durante todos los días y en ocasiones más de una vez al día, se exploró el abdomen de la paciente valorando peristaltismo, signos de irritación peritoneal o timpanismo.

b) Se realizaron estudios radiográficos sucesivos (dos el día del ingreso, 24 de junio, y uno cada uno de los días 25, 26, 28 y 30 de junio y 1, 2 y 4 de julio).

c) Se llevaron a cabo estudios analíticos (hemograma y bioquímica).

d) El tratamiento médico se inició desde el principio con sonda nasogástrica y dieta absoluta, además de sueroterapia, protectores gástricos y mantenimiento de tratamientos previos. Sólo se permite una dieta líquida y semiblanda en los primeros días (26, 27, 28 y 29) coincidiendo con la mejoría clínica del problema pseudoobstructivo.

e) El día 5 la paciente continuaba afebril y sin deterioro neurológico. En la analítica se objetiva leucopenia y trombopenia, motivo por el cual se solicitó una interconsulta con medicina interna para valoración.

f) El día 6 de julio, valorada la paciente por el Servicio de Medicina Interna, se cambia la pauta antibiótica.

g) Cuando el día 7 aparece el cuadro febril y el mal estado general con pérdida de conciencia, se traslada a la UCI del HMM donde se le practica laparotomía con el resultado final de fallecimiento.

Afirma la Inspección que *no “existe recomendación de tratamiento quirúrgico desde su ingreso. No hubo abandono, se le practican controles de temperatura y constantes cada 6 u 8 horas, exploraciones físicas y complementarias valorando la evolución. Se instaura tratamiento médico desde el principio, modificándose conforme a la clínica y los hallazgos exploratorios”*.

En el mismo sentido se manifiesta el informe del Dr. B. que afirma que la “*la asistencia prestada a la asegurada en el Hospital F. C. fue correcta, con seguimiento exploratorio y de medios diagnósticos adecuados al protocolo de asistencia, así como con el aporte de los tratamientos indicados al efecto*”.

Ambos informes médicos consideran que no hubo impericia alguna en el comportamiento de los facultativos que atendieron a la paciente, ya que le practicaron todas las pruebas y prescribieron los tratamientos que resultaban adecuados al tipo de dolencia que presentaba, sin que la intervención quirúrgica (atendido el protocolo al que hace referencia la Inspección Médica en el folio 311) resultase indicada hasta el momento en el que finalmente se llevó a cabo en el HMM.

Es por ello que, a la vista de la prueba practicada y de los informes incorporados al expediente, ha de concluirse que la actuación médica fue la adecuada a la situación clínica de la paciente, no resultando acreditado lo contrario, ni desvirtuados los hechos por las alegaciones de los interesados, a pesar del informe médico aportado, ya que este último no prueba en absoluto la existencia de mala praxis médica.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 57/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. H. Y. A., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. Y J., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 30/04/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 58/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a I. L. M., como consecuencia de los daños sufridos en el C.E.I.P. “Los Rosales” de El Palmar (Murcia).**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 30/04/07****Extracto de Doctrina**

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública. Así el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de mayo de 2005, D. I. L. M., maestra, presenta escrito dirigido al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Educación y Cultura, en el que relata cómo el 16 de septiembre de 2004, cuando entraba en el aula de sexto de primaria del Colegio Público “Los Rosales” de El Palmar, observó una discusión entre dos alumnos. Al intentar separarlos, recibió un fuerte puñetazo en el lado derecho de la cara, a resultas del cual sufrió diversos daños dentales y desperfectos en la prótesis dentaria que portaba (“sentí un gran dolor y el puente inferior se me despegó por la parte trasera, sentía que se movían las muelas últimas”). Según manifiesta la interesada de forma expresa, el motivo de su escrito es que ha conocido recientemente la existencia de la referida unidad, “además de estar varios meses pasándolo bastante mal y continuo, me está costando un gasto que no contaba con él, puesto que mi boca estaba bien arreglada”.

El escrito se acompaña de la siguiente documentación:

– Informe del odontólogo que la atiende, de fecha 12 de mayo de 2005, según el cual la interesada acude a consulta con movilidad dental de dos piezas del lado derecho de la cara, además de movilidad en un puente de cinco piezas situado en el mismo lado. Tras la exploración radiológica se aprecia pérdida ósea en las piezas superiores y fractura del diente inferior que era soporte de la prótesis. El tratamiento ha consistido en exodoncia de la última pieza superior derecha y endodoncia, colocación de perno y colocación de corona en la penúltima pieza superior derecha (ambas piezas eran las que presentaban movilidad). El puente inferior tuvo que extraerse incluida la muela partida que hacía de pilar de éste y en este momento de tratamiento se le han colocado dos implantes osteointegrados para una posterior rehabilitación protésica.

- Factura del odontólogo, de 20 de mayo de 2005, por importe de 2.780 euros.
- Solicitud de ayuda de carácter excepcional del Plan de Acción Social para el personal docente, por importe de 2.780 euros.
- Escrito del equipo directivo del centro educativo, corroborando los hechos relatados por la interesada.
- Escrito de 25 de mayo de 2005 de la Sra. L., adjuntado junto al anterior, manifestando que no ha obtenido ningún tipo de ayuda pública ni privada como consecuencia del accidente sufrido.
- Otra documentación exigida por las normas reguladoras de la ayuda de acción social solicitada.

SEGUNDO.- El expediente es remitido al Servicio Jurídico de la Consejería consultante para su tramitación como reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Regional.

TERCERO.- El 15 de diciembre de 2006, se admite a trámite la reclamación y se nombra instructora del procedimiento, la cual será sustituida posteriormente mediante resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante.

Con fecha 22 de enero de 2007, se notifica a la reclamante la citada resolución, requiriéndole la aportación de fotocopia compulsada del DNI. Se recibe la documentación requerida el 23 de enero de 2007.

CUARTO.- Por la instructora se solicita el preceptivo informe del Director del centro educativo, quien ratifica la descripción de los hechos realizada por la interesada en su escrito inicial. Afirma, asimismo, que la profesora no ha dejado de asistir a clase ningún día tras el accidente, si bien debía tomar calmantes para aliviar el dolor que padecía. La profesora no acude al dentista hasta noviembre de 2005, comprobando entonces que se ha destrozado la ortodoncia que portaba y que debía someterse a un tratamiento reconstructivo largo y costoso.

Finaliza el informe resaltando la calidad humana y profesional de la interesada, la cual soporta una difícil situación familiar y otros tratamientos, en los que la situación creada tras el accidente y la demora en dar satisfacción a sus pretensiones por parte de la Administración están incidiendo negativamente.

QUINTO.- El 23 de enero de 2007, se persona la reclamante en las dependencias de la Consejería de Educación y Cultura para conocer el estado del procedimiento.

En la diligencia extendida con ocasión de dicha comparecencia, la Sra. L. relata detalladamente los hechos que sucedieron el día del accidente escolar y los daños sufridos a consecuencia del golpe, reiterando lo expuesto en su escrito inicial y en el informe odontológico.

Afirma, asimismo, que intentará aportar más facturas de los gastos derivados del tratamiento, pues no sabía que podía hacerlo. Aclara también por qué no acudió al dentista hasta noviembre de 2005 cuando el accidente tuvo lugar el 16 de septiembre anterior, indicando que la causa de la demora estaba en la difícil situación económica que atravesaba, que la movió a esperar a que el puente se cayera sólo, en el entendimiento de que así se ahorraría el elevado gasto de tener que cortar la prótesis.

Finaliza la comparecencia manifestando la interesada su queja por la tardanza en la tramitación de su solicitud y las informaciones que se le han facilitado por las diversas unidades de la Consejería consultante que, desde junio de 2006 y en sucesivas ocasiones, le repetían de forma constante que se le iba a pagar inmediatamente, cada vez que ella se ponía en contacto con el personal de aquélla.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada, ésta presenta informe del odontólogo (de 1 de febrero de 2007), expresivo de las secuelas padecidas tras el accidente y que se concretan en las siguientes:

a) Pérdida de la función masticatoria, debido a que sólo se le pudieron reemplazar con implantes dos piezas de la zona derecha inferior cuando antes del traumatismo contaba con cuatro de ellas.

b) Movilidad de una pieza superior con proceso infeccioso debido a la pérdida de hueso que sufrió en el traumatismo, a la espera de su reevaluación tras tratamiento antibiótico.

En relación con esta lesión, en informe posterior también aportado por la interesada, se manifiesta que:

a) La muela con movilidad con proceso infeccioso ha de ser extraída.

b) Que las muelas que perdió en el traumatismo no pudieron ser reemplazadas en la primera rehabilitación con implantes y que tendrán que ser sustituidas con un aparato removible, perdiendo así la paciente calidad de vida en relación a como estaba antes del traumatismo.

Asimismo, la interesada aporta dos facturas datadas en febrero de 2007, por importe total de 70 euros, en concepto de limpieza dental y mantenimiento de implantes (40 euros) y ortopantomografía (30 euros).

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de febrero de 2007, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, fijando una indemnización de 2.780 euros con su correspondiente actualización.

Una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente al Consejo Jurídico de la Región de Murcia en solicitud de consulta, mediante escrito recibido en este Órgano Consultivo el pasado 5 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

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

TERCERA.- Acerca de la naturaleza de la reclamación.

La interesada, maestra destinada en el Colegio Público donde acaecieron los hechos, los puso en conocimiento del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería consultante, sin efectuar una expresa reclamación de reparación de daños, aunque de las manifestaciones contenidas en el escrito acerca de los gastos que está soportando a consecuencia del golpe sufrido, sí cabe deducir que la agredida ejerce una pretensión indemnizatoria, si bien no hay constancia en el expediente de que formalizara la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial, con los requisitos que establece el artículo 6 RRP. Por esta razón, y ante la ausencia del escrito de reclamación, puede sostenerse que el presente expediente de responsabilidad patrimonial se ha iniciado de oficio, por los daños sufridos en la persona de la maestra (en el mismo sentido se expresa nuestro Dictamen 99/2006).

La condición funcional de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiendo el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública. Así el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72.b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado (Dictamen núm.2411/2000) se ha pronunciado favorablemente a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por la antijuridicidad del daño sufrido por docentes, cuando haya sido ocasionado por alguno de los alumnos que se encuentran bajo la custodia del centro y durante el desarrollo de su

actividad escolar. También el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 397/2000) ha señalado que *“si bien, en principio, el titular de los centros públicos educativos responde de los daños causados por los miembros de la comunidad escolar, a ellos mismos o a terceros, en sus personas o en sus bienes, es necesario que quede acreditado que los referidos daños fueron causados por el personal o los alumnos del centro y durante la jornada escolar”*.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

Del análisis del expediente se deriva la existencia de un daño efectivo que se acredita con los informes odontológicos y facturas aportadas por la interesada al procedimiento.

Por otra parte, el daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte de la afectada de soportarlo, de acuerdo con el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes, por el desempeño de funciones o tareas reconocidas en la legislación sobre función pública, al que nos hemos referido en la Consideración Tercera. Ciertamente, cuando ocurrieron los hechos, la afectada estaba realizando tareas inherentes a su función docente, como era acudir a un aula para impartir una clase en sustitución de quien debía hacerlo.

Sentado lo anterior, cabe ahora determinar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite contestar afirmativamente dicha cuestión, pues el alumno que propinó el golpe a la maestra se encontraba en el interior del aula, durante el horario lectivo y bajo la custodia y vigilancia de la Administración educativa. Así lo ha entendido también el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes de los que son ejemplo los indicados con los números 3819/2000, que analiza un supuesto de daños sufridos por una profesora al intentar separar a dos alumnos que se peleaban, y 2414/2000, en los que una profesora sufre daños en su boca al intentar sujetar a un alumno.

En consecuencia, procede afirmar, con la propuesta de resolución, que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

En la fijación de la indemnización, el Consejo Jurídico parte de los siguientes criterios legales y jurisprudenciales:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por la perjudicada incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) En orden a conseguir una referencia mínimamente objetiva en la cuantificación de los daños personales, puede acudirse, como criterio orientativo, al sistema para la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

Aplicando tales criterios al supuesto planteado, los daños alegados y acreditados habrán de ser indemnizados con las siguientes cantidades:

a) La interesada aporta inicialmente al procedimiento una factura por importe de 2.780 euros, a que asciende el tratamiento odontológico inicialmente instaurado.

Si bien la fecha de la factura, de mayo de 2005, es decir, más de ocho meses después del incidente, genera ciertas dudas a la instructora del procedimiento, lo cierto es que la instrucción posterior ha permitido despejarlas.

En efecto, con ocasión de su comparecencia ante la instrucción, la interesada explica las razones por las que inicialmente se demoró en acudir al dentista; del mismo modo, tanto el propio odontólogo como el equipo directivo del centro docente, ponen de manifiesto en sus informes lo laborioso y prolongado del tratamiento necesario para resolver los daños ocasionados a la maestra y que éstos tuvieron como causa el traumatismo sufrido. En consecuencia, cabe considerar acreditado el coste del tratamiento, pues los conceptos detallados en la factura coinciden con las actuaciones médicas descritas en el informe odontológico.

b) Con posterioridad, la paciente presenta dos nuevas facturas en concepto de “limpieza dental y mantenimiento de implantes” y de “ortopantomografía”, de fechas 7 y 12 de

febrero de 2007, por importe total de 70 euros. Si bien no queda plenamente acreditado que tales actuaciones sean consecuencia directa del traumatismo sufrido, lo cierto es que la contemporaneidad de las facturas con sendos informes del odontólogo en los que continúa describiendo la evolución de las piezas afectadas por el golpe, permiten establecer una relación causal entre tales gastos y el hecho desencadenante de la lesión, por lo que la indemnización también habrá de incluir el importe de ambas facturas.

c) De conformidad con los informes odontológicos obrantes en el expediente, la interesada habría perdido, como consecuencia del traumatismo, seis molares (dos en la zona derecha superior y cuatro en la inferior). Considerando que dos de ellos (en la mandíbula inferior) han sido reemplazados por implantes, la pérdida total vendría referida a cuatro piezas, que cabe considerar como secuelas permanentes, dado que según el odontólogo que atiende a la interesada, tales muelas no pueden ser sustituidas con implantes, sino que en el futuro, habrán de serlo con un aparato removible.

De conformidad con el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, establecido por la Tabla VI del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada por la Ley 30/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, la pérdida completa traumática de un molar se valora en un punto.

El valor del punto, atendida la fecha del incidente (2004) y la edad de la profesora en aquel momento (53 años) es de 608,952691 euros, cantidad que, multiplicada por cuatro, arroja un resultado de 2.435,81 euros.

En consecuencia, sumadas las cuantías correspondientes a los gastos del tratamiento, más secuelas, el montante de la indemnización habría de ascender a 5.285,81 euros, cantidad que habrá de ser convenientemente actualizada en virtud de lo establecido en el artículo 141 LPAC.

SEXTA.- Sobre la MUFACE.

Aunque ninguna incidencia tenga sobre el fondo del asunto, no puede este Consejo Jurídico pasar por alto el error en que incurre la propuesta de resolución objeto de Dictamen, al caracterizar en su hecho octavo a la MUFACE como *“aseguradora que tiene contratada en calidad de docente de la Administración”* (sic), y que en la diligencia obrante al folio 48 del expediente es calificada como *“aseguradora privada”*.

De conformidad con el artículo 5.1 del Texto Refundido de la Ley de sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) es un organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión, que asume la gestión y prestación del mutualismo administrativo, como mecanismo de cobertura propio del Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (artículos 1, 2 y 4 del referido Texto Refundido).

En consecuencia, debe corregirse en la propuesta de resolución la errónea caracterización de la citada Mutualidad.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que declara el derecho de la interesada a ser indemnizada, al considerar que existe responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización habrá de calcularse conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 59/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la Red Sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 07/05/07

Extracto de Doctrina

El reconocimiento de un derecho como el regulado encaja dentro de la competencia estatutaria porque la sanidad, gestionada a estos efectos a través del “Sistema Nacional de Salud”, tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias remitió el 27 de marzo de 2006, a la Secretaría General de la Consejería de Sanidad, una propuesta de Decreto para establecer el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el ámbito territorial de la Red Sanitaria de la Región de Murcia, adjuntando una memoria económica, otra de oportunidad y un informe de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Murciano de Salud, que no consta en el expediente remitido a este Consejo Jurídico.

SEGUNDO.- El Consejo de Salud de la Región de Murcia emitió dictamen favorable el 16 de junio de 2006; igual hizo el Consejo Asesor Regional de Consumo el 17 de julio siguiente; se sometió al criterio de la Unión de Hospitales de la Región de Murcia, y del Colegio Oficial de Médicos de la Región. La primera no consta que formulara observaciones, sí haciéndolo el segundo a través de un escrito de 13 de junio de 2006 en el que expresa su parecer favorable a la iniciativa.

TERCERO.- Tras ser emitido el informe jurídico de la Vicesecretaría (19 de julio de 2006), se solicitó el dictamen del CES, que fue evacuado el 27 de octubre de 2006 concluyendo en valorar positivamente la iniciativa, al considerar que su oportunidad está plenamente justificada ya que se cumplirá la prescripción legal prevista en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y, además, se mejora la garantía del usuario en cuanto a la certeza del primer diagnóstico y tratamiento propuesto. Dice el CES que el análisis del Proyecto requiere un doble enfoque. Por un lado, se ha de evaluar si el ejercicio del derecho comprende todo el conjunto de patologías que por su gravedad, por comprometer seriamente la calidad de vida del paciente o requerir un tratamiento arriesgado para su vida, debieran justificar la opción a la segunda opinión médica. Porque, a criterio del CES, la regulación de este derecho debe de efectuarse procurando evitar que su generalización a patologías de escasa gravedad acreciente notablemente la presión asistencial que ya sufren los servicios sanitarios y deteriore la calidad de los servicios generales, o requiera un esfuerzo financiero quizá desmesurado e innecesario. El otro enfoque trata de determinar si el procedimiento establecido para el ejercicio del derecho es lo suficientemente ágil, sencillo y rápido para que sea realmente eficiente. Considerando estos dos ámbitos de análisis, el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia manifiesta su valoración positiva al Proyecto, sin perjuicio de ciertas observaciones orientadas a aclarar cómo se ejercitará el derecho regulado. A criterio del CES convendría ampliar la relación de los procesos médicos a los que sería aplicable la segunda opinión para incluir otros igualmente graves o que comprometen la calidad de vida del paciente, como ciertas enfermedades coronarias, confirmación diagnóstica de tumoración cerebral o raquimedular, propuesta de tratamiento quirúrgico en escoliosis de grado mayor idiopática o no idiopática, etc. En lo que se refiere al procedimiento fijado, lo considera sencillo y fácil de cumplimentar, aunque se formulan algunas observaciones al articulado orientadas a reforzar las garantías del paciente.

Tras un informe de una Asesora Jurídica de la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias, de 10 de enero de 2007, se formuló el segundo borrador acogiendo todas las observaciones formuladas, salvo la relativa a la ampliación de los procesos a los que sería aplicable la segunda opinión médica, ya que, según se dice, “los procesos que han sido incluidos se deben a enfermedades especialmente graves”, y una excesiva apertura de las causas que dan lugar al derecho podría confundirlo con el derecho a la libre elección de especialista. Entiende el informe citado que en el Proyecto están regulados de manera amplia los supuestos que permiten ejercer el derecho. No obstante, incorpora una nueva disposición adicional facultando a la Consejera de Sanidad para ampliar la lista de procesos susceptibles de generar el derecho a la segunda opinión médica.

CUARTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió su informe el 8 de febrero de 2007. En él, una vez expuestas sus observaciones sobre el procedimiento y el fondo de la norma proyectada, concluye en informarla favorablemente; tales observaciones son incorporadas al Proyecto dando lugar a un tercer y definitivo borrador que es el remitido a este Consejo para dictamen, siendo formulada la consulta el 9 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen.

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), éste debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado. El Proyecto sometido a consulta, en tanto que regula un derecho establecido por el artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante Ley 16/2003), requiere nuestro Dictamen preceptivo por encontrarse en el segundo de los casos citados.

SEGUNDA.- Procedimiento.

La tramitación del proyecto se ha sometido a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2004 de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, que es el precepto que regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos regionales. Sin perjuicio de ello debe observarse, por lo que se refiere al sometimiento del Proyecto a un trámite de audiencia directa a las organizaciones de ciudadanos afectadas, como sugiere el CES, que, tal como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos, el artículo 53.3 de la indicada Ley 6/2004 prevé que dicha audiencia se realice a través de las organizaciones y asociaciones que agrupen o representen a los ciudadanos y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, pudiendo además prescindirse del mismo si tales agrupaciones o asociaciones han participado por medio de informes o consultas en el procedimiento de elaboración de la norma. Pues bien, a tenor de lo dispuesto sobre el Consejo de Salud en la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia, y sobre el Consejo Asesor Regional de Consumo en el Decreto 1/1995 de 20 de enero, en dichos órganos consultivos, que han informado el Proyecto, están representadas las organizaciones de consumidores y usuarios, al igual que en el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, según el artículo 3 de la ley 3/1993 de 16 de julio, lo cual permite entender cumplimentado el citado trámite de audiencia.

El artículo 53.1 de la Ley 6/2004 indica que la iniciación del procedimiento se llevará a cabo mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, al que se acompañarán la exposición de motivos y una memoria que justifique su oportunidad, y que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, aspecto en el que el expediente remitido es insuficiente. Las Memorias que acompañan al Proyecto inciden en señalar los factores económicos y de oportunidad, pero nada dicen sobre el ámbito funcional elegido para la puesta en práctica de la norma, es decir, sobre cuál ha sido el criterio para determinar los procesos asistenciales o las enfermedades respecto a las cuales se ha decidido en el artículo 1 que sean objeto del derecho a una segunda opinión. La ausencia de motivación no se cubrió siquiera cuando el CES apuntó la conveniencia de ampliar los procesos a los que sea aplicable el derecho y, a la vista de la prescripción legal expuesta, resulta evidente que se ha obviado ese aspecto técnico incurriendo en un incumplimiento del precitado artículo 53.1, que deberá subsanarse antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno.

TERCERA.- Contenido y marco normativo.

I. El proyecto consta de una exposición de motivos, ocho artículos, una disposición final y un anexo, teniendo por objeto garantizar a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el ejercicio del derecho a obtener una segunda opinión médica en los términos que se regulan en el mismo (art. 1.1).

II. La Constitución Española reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, precepto desarrollado en el ámbito estatal por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y, posteriormente, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y también por la antes citada Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta última, en su artículo 4, establece que los ciudadanos tendrán derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso en los términos previstos en el artículo 28.1, el cual establece que las Comunidades Autónomas garantizarán la calidad de las prestaciones y que *“las instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización para facilitar (...) una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan”*.

Por su parte, el artículo 11.Uno del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma competencias para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior, precepto que proporciona cobertura a la normativa propuesta, tal como razona la Exposición de Motivos. El objeto de la disposición es incardinable en dicho título competencial, entendido sin perjuicio de la competencia que la Constitución reserva al Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16.ª).

El reconocimiento de un derecho como el regulado encaja dentro de la competencia estatutaria porque la sanidad, gestionada a estos efectos a través del “Sistema Nacional de Salud”, tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias y los servicios de información y documentación sanitaria, entre otros, incorporándose ahora la segunda consulta a este elenco de prestaciones.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

La cuestión central del Proyecto reside en la delimitación que se realiza del derecho a obtener una segunda opinión médica ya que, como se indica en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, la determinación de los supuestos en los que cabe ejercitar el derecho a una segunda opinión médica supone, a *“sensu”* contrario, eliminar tal posibilidad en cualquier otro caso.

No se puede discutir que el reglamento está habilitado para realizar esa precisión, ya que la Ley 16/03 no enumera un catálogo de situaciones en los que se garantice la segunda opinión médica; tampoco configura este derecho como absoluto, sino que afirma que el mismo quedará fijado *“en los términos que reglamentariamente se establezcan”*. De esta forma, es de compartir el criterio de que ha de ser la regulación reglamentaria la que defina los límites y condiciones para el ejercicio del derecho. No obstante, retomando lo expuesto en la Consideración Segunda sobre el procedimiento, destaca poderosamente la ausencia de una exposición bastante sobre los criterios seguidos para acotar la delimitación del derecho a los supuestos que se determinan en el artículo 1.3 del Proyecto.

En conjunto puede afirmarse que el derecho queda adecuadamente configurado en cuanto a sus elementos fundamentales (sujeto y objeto), si bien cabe plantear las siguientes precisiones sobre su contenido y su ejercicio:

1ª) Artículo 3. Parece que la configuración completa del beneficiario requiere especificar que su derecho es ejercitable respecto a un primer acto médico, diagnóstico o terapéutico, emitido dentro de la Red Sanitaria de Utilización Pública de la Región de Murcia.

2ª) La regulación del procedimiento no presenta el orden necesario, puesto que el artículo 5, referido a la iniciación, debe preceder al 4, relativo a la documentación, y el último inciso del apartado 5 del artículo 5 debe ir a continuación del primer párrafo de dicho apartado 5.

3ª) La remisión que hace el artículo 6.5 al régimen de recursos establecido por la Ley 7/2004 no se acomoda al contexto organizativo en el que se produce el acto impugnado, porque el Servicio Murciano de Salud tiene una regulación especial dispuesta por el artículo 35 de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia.

4ª) El artículo 7, denominado “Otras formas de terminación del procedimiento”, no es congruente con su contenido ya que las circunstancias que cita, si sobrevienen antes de la resolución estimatoria del procedimiento, pueden servir de causas para: A) una finalización desestimatoria (apartados a y b); B) para una finalización sin decisión administrativa (apartado d) en relación con el 90 LPAC); C) para una finalización por pérdida del objeto del procedimiento (apartado e) en relación con el artículo 42.1, párrafo segundo LPAC). La causa prevista en la letra c) nunca puede producirse antes de la finalización del procedimiento por resolución estimatoria.

Si sobreviene la causa citada en tal apartado c), o cualquiera de las demás después de la resolución estimatoria del procedimiento, serán, en realidad, motivos para una pérdida del derecho previamente concedido, debiéndose en consecuencia dictar una resolución revocatoria de la inicial (artículo 105 LPAC).

5ª) El artículo 8 es confuso en cuanto a su denominación e insuficiente en cuanto a su contenido. Lo primero porque, situándose en un momento posterior a la resolución estimatoria del derecho a la segunda opinión, emplea la voz procedimiento, seguramente con un sentido más médico que jurídico refiriéndose a la ejecución de aquella resolución estimatoria. Lo segundo porque no establece pauta a seguir por las instituciones sanitarias para el caso de que la segunda opinión discrepe de la primera y, tal como expone el dictamen del CES, esta normativa debería permitir al interesado optar por uno u otro diagnóstico o tratamiento con el fin de dotar de contenido material al derecho que se establece.

6ª) Desde un punto de vista amplio el derecho a una segunda opinión formaría parte del estatus general de autonomía del paciente y, desde este punto de vista, se advierte en el Proyecto la ausencia de previsiones sobre la adecuada información al paciente del derecho que le asiste, información que debiera convertirse en una práctica ordinaria de la asistencia sanitaria.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma goza de competencia para la regulación mediante Decreto del derecho a la segunda opinión médica.

SEGUNDA.- Son esenciales las observaciones expuestas en la Consideración Segunda y en la Cuarta, apartados 3º), 4º), 5º) y 6º).

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 60/07.- Proyecto de Orden por el que se aprueban los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios, y por el suministro de productos hemoderivados.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 07/05/07

Extracto de Doctrina

En el Dictamen 182/2002 ya expuso este Consejo Jurídico los fundamentos legales que servían de soporte a la regulación de estos precios.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 30 de octubre de 2006 el Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud (SMS) aprobó la iniciativa normativa respecto a un proyecto de orden de la Consejería de Sanidad por la que se aprobaran los precios públicos a aplicar por el SMS en la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de productos hemoderivados, que fue elevado a la Consejería citada acompañado de una memoria justificativa, otra económica y otra jurídica, así como de un informe del Subdirector General de Asuntos Económicos sobre la inexistencia de efectos de la propuesta en cuanto a los gastos, ya que no se crean servicios nuevos.

La memoria justificativa destaca las causas por las que es necesario modificar los precios, que fueron aprobados por Decreto 137/2002, de 29 de noviembre.

La Memoria económica expone ampliamente el proceso seguido para determinar la cuantía de los precios y justificar los resultados obtenidos; expone también el grado de cobertura de los costes y los factores tenidos en cuenta para la determinación de los precios.

La Memoria jurídica expone los fundamentos normativos que sirven para habilitar al proyecto, deteniéndose especialmente en el rango de la norma, que justifica por la reforma, entonces prevista, del artículo 21 del Decreto-Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, por la cual se atribuye potestad reglamentaria a los Consejeros para el establecimiento y regulación de los precios públicos, previo informe de la Consejería de Economía y Hacienda, reforma hoy realizada por el artículo 6 de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2007, en adelante Ley 12/2006.

SEGUNDO.- Ya en la Consejería de Sanidad se emitió informe por su Servicio Jurídico, con el visto bueno del Vicesecretario, en sentido favorable al Proyecto, apuntando que a la entrada en vigor quedarán sin efecto los precios previstos por el Decreto 137/2002, por aplicación de la Disposición Transitoria primera del entonces Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2007, según la cual los precios públicos a aplicar por los centros dependientes del Servicio Murciano de Salud mantendrán su vigencia, incrementados en el coeficiente establecido en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, hasta que se aprueben otros nuevos por el órgano y en los términos establecidos en el Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por

el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales. Esta Disposición Adicional figura con tal número en la Ley 12/2006.

TERCERO.- De acuerdo con lo previsto por el artículo 21 del Decreto-Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, se solicitó el informe de la Consejería de Economía y Hacienda (23 de noviembre de 2006), que lo emitió el 20 de diciembre de 2006 (remitido a la Consejera de Sanidad el 25 de enero de 2007), en el que, además de otras consideraciones, concluye que los precios a los que se refiere el Proyecto encajan por naturaleza en la figura de los precios públicos regulados por el Decreto Legislativo 1/2004, y que las exenciones y bonificaciones previstas se encuentran suficientemente justificadas a tenor de lo que dispone el citado Decreto Legislativo.

CUARTO.- El Proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Salud de la Región de Murcia (10 de enero de 2007), y el 17 de enero el Director General de Régimen Económico y Prestaciones, del Servicio Murciano de Salud, propuso la inclusión de una Disposición transitoria tendente a facilitar ciertos cobros en tanto se procede a la expedición informatizada de recetas.

QUINTO.- Elaborado el extracto de secretaría y el preceptivo índice de documentos, el Secretario General, por delegación de la Consejera, dispuso someter el Proyecto a Dictamen de este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 2 de febrero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre un Proyecto de disposición general tramitado por la Administración Regional que constituye un desarrollo de legislación básica del Estado (los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS), y de una Ley de la Asamblea Regional (la Ley 7/1997, de 29 de octubre, de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, LTPCE), concurriendo, con ello, los dos supuestos previstos en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista del expediente remitido, hay que señalar que consta la iniciativa normativa del SMS (artículo 2, j) Decreto 5/1995, de 17 de febrero), que se han solicitado los informes legalmente preceptivos y que se ha sometido el borrador a la consideración de las entidades representativas de los intereses sociales directamente afectados por el mismo: las entidades empresariales y las asociaciones de consumidores, a través del sometimiento del texto al Consejo Asesor de Salud, en el cual están representadas. No obstante, debe recordarse que el artículo 53.3, b) de la Ley 6/2004, requiere dejar constancia motivada en el expediente del procedimiento elegido para la práctica del trámite de audiencia a los afectados por la norma, requisito que debe cumplimentarse antes de ser sometido el Proyecto a la consideración de la Consejera.

TERCERA.- Contenido y habilitación legal y competencia.

I. El Proyecto consta de una Exposición de Motivos y de 9 artículos, una disposición transitoria y una final que ordena la entrada en vigor el día de su publicación en el BORM; figura un anexo con los precios aplicables.

II. Habilitación legal. En el Dictamen 182/2002 ya expuso este Consejo Jurídico los fundamentos legales que servían de soporte a la regulación de estos precios y, no añadiendo ahora nada su reiteración, es procedente hacer remisión expresa al mismo, señalando únicamente que el Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, confirma el régimen jurídico hasta ahora vigente al señalar en el artículo 2.7 que, conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resultan de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas y que procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad.

III. Es competente la Consejera de Sanidad para, mediante Orden, aprobar la creación, modificación y supresión de los precios públicos, según dispone el artículo 21 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, según redacción dada por el artículo 6. dos, de la Ley 12/2006.

CUARTA.- Observaciones particulares.

1ª) Artículo 1. Al existir ya una regulación autonómica de estos precios públicos, la nueva tiene el efecto de modificar los existentes, por lo que los dos primeros párrafos de este artículo debieran así reconocerlo.

2ª) Artículo 5. En la última línea, sustituir “a” por “en”.

3ª) Artículo 6. Debería completarse la regulación a los efectos de determinar el procedimiento para formular la liquidación estableciendo que en ella se hará constar el título por el que la entidad o persona resulte obligada al pago.

4ª) A efectos de la seguridad jurídica debería especificarse mediante disposición adicional que, a la entrada en vigor de la Orden, quedarán sin efecto los precios establecidos por el actual Decreto 137/2002, de 29 de noviembre.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- La Consejera de Sanidad es competente para aprobar mediante Orden el presente Proyecto de precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud por la prestación de servicios sanitarios, y por el suministro de productos hemoderivados, que se dictamina favorablemente, debiendo cumplimentarse lo observado en la Consideración Segunda “in fine”.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 61/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. L. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. B. L. L., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 07/05/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 62/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. J. E. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 07/05/07

Extracto de Doctrina

Como indicamos en nuestro Dictamen núm. 50/2007, la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a “normopraxis” descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidas durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de febrero de 2003, D. J. J. E. S. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los siguientes hechos según describe:

El 14 de marzo de 2000 ingresó en el Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz, al objeto de ser intervenido en el ojo derecho para cirugía programada de cataratas. En dicha operación se le practicó facoemulsificación de cristalino e implante de lente intraocular (L.I.O.) de cámara posterior (C.P.).

Una vez dado de alta la intervención se complicó provocando una úlcera y edema corneal, por lo que ha tenido que acudir en numerosas ocasiones a los servicios de urgencias del mencionado hospital.

A consecuencia de la úlcera del ojo derecho y la constante infección que padecía, fue remitido de nuevo al Hospital de Caravaca, el cual le puso en lista de espera para un trasplante de córnea debido a la complicación surgida por la intervención de cataratas.

Refiere que todas esas lesiones han sido consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el centro público, cuya intervención de cataratas ha provocado que posteriormente, en febrero de 2002, se le detectara como alteraciones más relevantes en el globo ocular *“infiltrado inflamatorio crónico en conjuntiva a nivel limbo esclero-corneal y presencia de abundantes colonias bacterianas en cámara anterior”*, todo lo cual ha determinado un decaimiento general de su salud, tanto física como psíquica.

Finalmente manifiesta que la cuantía indemnizatoria la determinará posteriormente, y que faculta al letrado P. E. G. R. para su representación y defensa, quien también rubrica el escrito de reclamación en prueba de su aceptación.

SEGUNDO.- Previa solicitud al reclamante para que complete la reclamación, proponiendo los medios de prueba que estime oportunos y aportando determinada documentación, por el Director Gerente se dicta resolución de admisión a trámite el 3 de noviembre de 2003, que es notificada a la parte, a la vez que se solicita del Hospital Comarcal del Noroeste copia de la historia clínica e informe de los médicos que atendieron al paciente.

TERCERO.- Desde el Hospital Comarcal del Noroeste se remite copia de su historial, así como un informe de los facultativos que atendieron al paciente, enviado con posterioridad, con el siguiente contenido:

“Don J. J. E. S. fue intervenido de catarata del ojo derecho el 14 de marzo de 2000, practicándosele facoemulsificación de cristalino con implante de lente de cámara posterior sin incidencias durante la intervención, en la cual se adoptaron todas las medidas habituales, oportunas y necesarias para dicha intervención que viene practicándose de forma habitual en este servicio, siendo el edema e inflamación corneal una complicación postoperatoria de la que se informa a todos los pacientes que van a ser intervenidos de cataratas mediante el previo consentimiento informado.

Fue dado de alta hospitalaria el 15 de marzo 2000 para su posterior control postoperatorio el día 22 de marzo de 2000.

El día de la revisión se aprecia edema corneal por lo que se inicia tratamiento tópico específico para el edema junto con lente de contacto terapéutica no apreciándose en ese momento infección ocular ni ulceración.

Pasados tres meses de la intervención y sin solucionarse el edema, a pesar del tratamiento, presenta una nueva complicación con aumento de la presión infraocular que se controla con iridectomía láser en julio del 2000.

Ante las importantes molestias y constantes revisiones a las que fue sometido el paciente para su control desde el día de la intervención y la nula respuesta del edema corneal se decide remitirlo en enero de 2001 a nuestro centro de referencia para transplantes (Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca) para que le sea efectuada dicha intervención.

En julio de 2001 se hace una nueva propuesta para dicho centro siguiendo el paciente con molestias y constantes revisiones por nuestra parte para su control.

En enero de 2002 presenta un hipopion, absceso corneal e infección endocular que hace necesaria la enucleación del globo ocular para su control. Por lo demás nos remitimos al anterior resumen de historia clínica enviada anteriormente.”

CUARTO.- Con fecha 26 de febrero de 2004 (registro de salida), la instructora del expediente notifica a las partes que rechaza la prueba testifical propuesta por el reclamante de D. M. F. G., D. T. y D. M. F. E. F., por considerarla innecesaria porque los testigos de parte, por regla general, ratifican lo alegado por el reclamante.

En cuanto a la prueba testifical de los Dres. M. R., L. L. y L. A. la instructora la estima pertinente si bien, por motivos laborales, no puede ser practicada de forma presencial, por lo que se requiere al reclamante para que remita el interrogatorio de preguntas que han de ser trasladadas a los citados facultativos.

QUINTO.- Con fecha 31 de marzo de 2004 se presenta escrito por el interesado manifestando su disconformidad con la denegación de la testifical de tres de las personas propuestas, por entender que se trata de un procedimiento abierto donde todas las pruebas son fundamentales en orden a acreditar los hechos que se alegan. También entiende que el hecho de que las testificales admitidas no se realicen en presencia del letrado que representa a la parte reclamante, por motivos laborales de los médicos, le provoca una situación de indefensión, por lo que interesa que se reconsideren ambas decisiones.

Con fecha 27 de mayo de 2004 (registro de salida), la instructora vuelve a reiterar con la misma motivación lo acordado con anterioridad sobre las pruebas propuestas por la parte reclamante.

SEXTO.- Trasladado a los facultativos propuestos el interrogatorio de preguntas se cumplimenta con el siguiente resultado:

Dra. L. A. del Servicio de Oftalmología.

PREGUNTAS

“PRIMERA: *Diga ser cierto que en fecha 14 de Marzo de 2.000, usted practicó al hoy reclamante, D. J. J. E. S., cirugía programada de ojo derecho consistente en facoemulsificación de cristalino e implante de lente infraocular de cámara posterior.*

SEGUNDA: *Diga ser cierto que el Sr. E. fue ingresado en Abril de 2.000 para que- ratoplastia no practicándose ésta al no estar la córnea útil, explicando detalladamente los motivos de la misma.*

TERCERA: *Diga ser cierto que si con anterioridad a la intervención de catarata de ojo derecho se realizó diagnóstico diferencial a fin de poder descartar la posibilidad de glaucoma (maligno).*

CUARTA: *Diga cuál es según su criterio la causa de la descompensación endotelial ojo derecho y en qué consiste la misma.*

QUINTA: *Diga ser cierto que en fecha 22 de Marzo de 2.000, el Sr. E. acudió a la primera revisión detectándose en ese momento un edema en la córnea.*

SEXTA: *Diga ser cierto que durante la evolución del Sr. E. ha continuado dicho edema, agravándose llegando a padecer ulceración, dolor intenso y rojez.*

SÉPTIMA: *Diga ser cierto que el Sr. E. no respondió a los tratamientos suministrados a fin de erradicar o, al menos, paliar dichos síntomas.*

OCTAVA: *Diga si usted recomendó o indicó la realización de biopsia alguna al Sr. E. a fin de detectar el origen de las infecciones padecidas.*

NOVENA: *Diga si las infecciones y demás síntomas (ulceración, edema, dolores intensos y rojez aguda) presentadas por el Sr. E. pueden ser precedentes que puedan hacer sospechar de un juicio diagnóstico de glaucoma”.*

RESPUESTAS

“1ª. D. J. J. E. fue intervenido el día 14-03-00 por el Dr. J. G. M. de catarata del ojo derecho, según técnica habitual, sin incidencias intraoperatorias (FACO + LIO CP).

2ª. El Sr. E. fue remitido por nosotros a la C. Sanitaria Virgen de la Arrixaca con fecha de Enero de 2001 ante la falta de respuesta al tratamiento para el edema corneal que presentó en el postoperatorio (colirios y lentilla terapéutica). Con fecha de Abril 2001 fue llamado desde dicho centro para efectuarle el proyectado trasplante corneal pero no pudo hacerse debido a malas condiciones en la cornea del DONANTE (no del paciente) que harían peligrar dicho trasplante y hacerlo inviable.

3ª. La posibilidad de aparición de un glaucoma maligno no se puede diagnosticar con anterioridad a su aparición. En el caso del Sr. E. dicha crisis apareció a los cuatro meses de haber sido operado de cataratas. El glaucoma maligno es un cuadro de aparición súbita que ocurre como complicación de cirugía infraocular en raras ocasiones y que provoca una subida importante de la tensión infraocular. En el caso que nos preocupa se solucionó la complicación efectuando una iridotomía con láser yag, que es la medida habitual, controlándose la hipertensión ocular. El cuadro no guarda relación con el edema corneal que venía padeciendo el Sr. E., ya que anteriormente a esta crisis, la tensión ocular era normal y no había alteraciones en el ojo propias de la aparición de dicho glaucoma maligno. Es una complicación, el aumento de la tensión ocular postoperatoria (glaucoma maligno), que junto con la alteración de la transparencia de la cornea (edema corneal, descompensación endotelial) está recogida en el consentimiento informado que se le entrega a los pacientes antes de la cirugía programada de cataratas, no existiendo pruebas diagnosticas que puedan hacer prever dicha complicación, con anterioridad.

4ª. La descompensación endotelial puede ser debida a varias causas. En el caso del Sr. E., ante el antecedente directo de cirugía de catarata, la cirugía es la causa de dicha descompensación. De hecho como ya se ha resaltado anteriormente en el consentimiento informado que se le da al paciente aparece como complicación de la cirugía de la catarata definida como “alteraciones en la transparencia de la cornea”. La descompensación endotelial es una alteración en la membrana que limita el paso de líquido de dentro del ojo hacia fuera y que provoca una alteración en la transparencia de la cornea fuerte con molestias como sensación de roce o dolor. El tratamiento inicial son antiinflamatorios locales junto con el uso de lentillas llamadas terapéuticas para aliviar dichas molestias.

Si en un periodo de 6-10 meses no se resuelve el proceso se pasa a la solución quirúrgica que consiste en un trasplante de cornea.

5ª. El Sr. E. fue dado de alta al día siguiente de la intervención con tratamiento de colirios, según el protocolo que seguimos tras cirugía convencional de catarata. Se le apreció un edema corneal por lo que se inició tratamiento específico de dicho edema y se citó a la primera revisión a los 7 días (22-03-00). Continuó el edema de cornea por lo que se aumentó el tratamiento de dicha complicación con antiinflamatorios por vía oral y se citó a la semana siguiente. A los 20 días, ante la falta de respuesta, se añade una lentilla terapéutica, esperando que con los medios señalados se fuera solucionando dicho edema corneal por descompensación endotelial.

6ª. Efectivamente la evolución fue desfavorable y no mejoró el edema, por lo que se decidió remitirlo en Enero 2001 a la C. Sanitaria Virgen de la Arrixaca para efectuar trasplante corneal ya que el tratamiento médico resultó insuficiente para el control de su edema, que le provoca intensas molestias. En Mayo del 2001 fue llamado para dicha intervención de trasplante corneal no pudiendo efectuarle por malas condiciones de la cornea del donante. Ante las molestias severas (dolor) se hace un nuevo informe a la C. Sanitaria para dicho trasplante en Julio de 2001. Se siguió el tratamiento local con colirios y lentilla terapéutica. La úlcera corneal apareció en Enero de 2002 iniciando tratamiento específico para ella. Añadiendo a los antibióticos que ya se utilizaban unos colirios llamados “reforzados” que se preparan en el mismo Hospital junto con los antibióticos generales.

7ª. El tratamiento inicial con antiinflamatorios y lentilla terapéutica mejoró la clínica del edema pero no lo hizo desaparecer, siguiendo el paciente con molestias importantes hecho que motivó el envío a la C. Sanitaria para el trasplante corneal. Cuando posteriormente apareció la úlcera en Enero del 2002 se inició tratamiento específico para ella, como se ha dicho con anterioridad.

8ª. Ante el agravamiento de su proceso, y la falta de respuesta al tratamiento, se pidió el 6 de Febrero de 2002 un exudado lagrimal. La indicación de biopsia no se hace en este tipo de proceso puesto que no indicaría el origen de las infecciones. El llamado glaucoma es un proceso crónico que no presentaba el Sr. E.. El glaucoma maligno es una complicación que se produjo después de la cirugía y se solucionó con láser.

9ª. El juicio diagnóstico de glaucoma no se basa en ningún tipo de infección ni ulceración. El termino glaucoma define a muchos procesos en los que el factor común es el aumento de la tensión ocular. En el caso del Sr. E. presenta un tipo especial de glaucoma llamado maligno por la aparición súbita del aumento de la tensión, y la dificultad de controlarla, no pudiéndose prever su aparición con anterioridad. El proceso cursa con dolor y enrojecimiento y se soluciona con tratamiento con láser que fue lo que se le efectuó al Sr. E. para controlarlo.”

Dr. M. R. de Anatomía Patológica.

PREGUNTAS

“PRIMERA: Diga acerca de la fecha exacta en la cuál se emitió por primera vez el juicio diagnóstico referente al glaucoma maligno padecido por el Sr. E..

SEGUNDA: Diga si las infecciones y demás síntomas (ulceración, edema, dolores intensos y rojez aguda) presentadas por el Sr. E. pueden ser precedentes que den lugar a sospechar de la posibilidad de un juicio diagnóstico de glaucoma.

TERCERA: *Diga cómo explica que ante diagnósticos de infección ya detectados según Informes en Abril de 2.001, no hubiera sido realizada biopsia o cualquier otro tipo de prueba a fin de ser determinado el origen de dicha infección, toda vez que el Sr. E. no respondió nunca a los tratamientos prescritos.*

CUARTA: *Diga en qué fase a su juicio se encontraba el glaucoma.*

QUINTA: *Diga cuales son los principales síntomas que pueden hacer sospechar de un juicio diagnóstico de glaucoma.*

SEXTA: *Diga en qué consiste dicho glaucoma maligno”.*

RESPUESTAS

“PRIMERA: *La desconozco. Para saberlo tendría que consultarlo en la historia clínica. Mi especialidad no es clínica, es de laboratorio. Las historias clínicas se consultan en casos en donde la información ofrecida por el clínico al pedir una biopsia es insuficiente o no concuerda con los hallazgos histopatológicos que se observan al estudio de la biopsia. No fue el caso.*

SEGUNDA: *Mi especialidad y funciones no son competentes para valorar estos síntomas en la práctica diaria.*

TERCERA: *En los años de especialidad (más de 12), ni en la residencia en el HUV Arriaca, no realizaron biopsias corneales, en ningún caso que yo sepa, en paciente vivo para diagnóstico de origen de infección.*

CUARTA: *Los hallazgos histopatológicos compatibles con glaucoma secundario que se observaron en la biopsia, fueron la inflamación crónica y colonias bacterianas en cámara anterior ocular. No se observa excavación de papila de nervio óptico que indicaran glaucoma de larga evolución con degeneración de fibras nerviosas. En definitiva, no hallazgos compatibles con larga evolución.*

QUINTA: *En mi especialidad, lo más notorio sería la excavación de la cabeza del nervio óptico, constatada con cortes histológicos.*

SEXTA: *En la elevación de la Presión Infraocular.”*

Dr. L. L. del Servicio de Oftalmología.

PREGUNTAS

PRIMERA: *Diga ser cierto que en fecha 5 de Febrero de 2.002 el reclamante, D. J. J. E. S., ingresó en el Hospital Comarcal del Noroeste a fin de ser intervenido por usted practicándose la enucleación del ojo derecho como consecuencia de padecer una endoftalmitis.*

SEGUNDA: *Diga si con un juicio diagnóstico temprano en la detección del glaucoma podría haberse evitado la enucleación del ojo derecho.*

TERCERA: *Diga qué probabilidad existe, con un tratamiento adecuado acompañado de una detección temprana del glaucoma, de reducir la enfermedad o en su caso, de evitar su evolución.*

CUARTA: *Diga en qué fase, a su juicio, se encontraba el glaucoma detectado al Sr. E..*

QUINTA: *Diga si las infecciones y demás síntomas (ulceración, edema, dolores intensos y rojez aguda) presentadas por el Sr. E. pueden ser precedentes que den lugar a sospechar la posibilidad de un juicio diagnóstico de glaucoma.*

SEXTA: *Diga cuáles son los principales síntomas que pueden hacer sospechar de un juicio diagnóstico de glaucoma.*

RESPUESTAS

“PRIMERA: *Es cierto que D. J, J, E. S. ingreso en el Hospital Comarcal del Noroeste para la realización de una enucleación que fue practicada el día 6 de febrero de 2004 (hay un error material pues fue en el 2002) por mí, el abajo firmante.*

SEGUNDA: *Al hablar de Glaucoma hay que diferenciar varios tipos, entre los que están los glaucomas propiamente dichos de ángulo cerrado, abierto, los agudos, crónicos y otros procesos que son trastornos en la dirección del humor acuoso denominados glaucoma por bloqueo ciliar o glaucoma maligno. El glaucoma maligno aparece tras una cirugía intraocular y raramente de forma espontánea. El tratamiento inicial es farmacológico y si no evoluciona favorablemente se puede realizar tratamiento con láser Nd: YAG. El posible glaucoma maligno fue detectado y tratado farmacológicamente y posteriormente con YAG pero la causa de la enucleación fue una panendofalmitis que es una infección del ojo en la que prácticamente están afectadas todas las estructuras. Si no hubiera aparecido esta endofalmitis no se le hubiera realizado la enucleación.*

TERCERA: *El posible glaucoma maligno fue detectado y tratado pero la posibilidad de que aparezca una infección es imprevisible puesto que ésta puede aparecer inmediata, a los pocos días o a los meses de efectuada una cirugía.*

CUARTA: *Puesto que el Glaucoma maligno es un proceso agudo que se solucionó, no podemos hablar de fases.*

QUINTA: *La presencia de todos estos síntomas no son indicativos de patología alguna en concreto sino que son mecanismos de defensa por parte del ojo en respuesta a una agresión, por lo cual lo podría originar desde una conjuntivitis a una perforación corneal.*

SEXTA: *Los síntomas son inespecíficos, como dolor, ojo rojo fotofobia, síntomas que aparecen en todos los cuadros que hay una agresión corneal. Como signos podría destacarse la cámara anterior estrecha o plana con presión intraocular alta en ausencia de desprendimiento de coroides.”*

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de noviembre de 2004 la instructora recabó el parecer de la Inspección Médica.

OCTAVO.- El 11 de enero de 2005 el reclamante interpuso recurso de reposición contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación presentada, solicitando que se adoptara acuerdo indemnizatorio accediendo a sus pretensiones, petición que fue reiterada el 16 de febrero de 2006, solicitando que se dictara resolución expresa, siendo contestado por la instructora del siguiente modo:

“Por la presente se le informa, que si bien su expediente está desestimado por silencio administrativo, no por ello ha dejado de estar activo, pues se encuentra en espera de informe de Inspección Médica (solicitado en fecha 15-11-04), una vez recibido éste se le otorgará el correspondiente trámite de audiencia, dándosele traslado de las respuestas dadas por los facultativos a las preguntas efectuadas como testigos.

No obstante lo anterior, como parte interesada, puede pedir vista del expediente en cualquier momento, y sacar copias de los documentos que estime oportunos pagando la tasa correspondiente.”

Con fecha 3 de abril de 2006 consta una comparencia de la parte reclamante retirando copias de los folios 1 a 189 del expediente administrativo.

NOVENO.- El 19 de mayo de 2006 emite informe la Inspección Médica, tras realizar una serie de entrevistas con los profesionales intervinientes, y otros facultativos del sistema público sanitario, además de consultar con la familia del reclamante, en el siguiente sentido:

“En definitiva, se trata de un paciente con dificultades de visión, tratándose de modificar esta situación con la cirugía de cataratas.

En el postoperatorio se realizaron sucesivas consultas tratando de paliar los síntomas que presentaba.

El intento de queratoplastia fue en el mismo sentido, adecuándose su procedimiento a lo usual que para trasplante corneal es de rigor en esta Comunidad Autónoma y en otras consultadas.

En enero de 2002 surge un proceso agudo, como consecuencia del cual, e inmerso en el tratamiento general del paciente por pluripatología, se realiza enucleación.

El reclamante consultó en urgencias del Hospital de Caravaca el 13 de noviembre de 2003 por ojo rojo izquierdo y visión borrosa de 24-48 horas de evolución. Visto por el Servicio de Oftalmología del Hospital, se solicitó cita urgente para el paciente en el Servicio de Oftalmología del Hospital Virgen de la Arrixaca, mediante fax enviado el mismo día. En la propuesta de canalización se señalaba: prótesis ocular, conjuntivitis, catarata nuclear senil y se propone la facoemulsificación del ojo izquierdo.

Los últimos datos que tenemos del estado del paciente son de la consulta efectuada el día 10 de diciembre de 2003 en la que se aprecia blefaritis, catarata y el fondo de ojo parece normal. Se hace tratamiento para blefaritis y se indica cirugía de catarata.

Según conversación con la familia del paciente, éste no acude a consulta de oftalmología desde entonces, el paciente pierde visión progresivamente pero en la actualidad no desea someterse a cirugía.

CONCLUSIONES

No hay datos referentes a que la indicación quirúrgica fuese incorrecta, a que la cirugía se efectuase sin las medidas oportunas de preparación, con la adecuada técnica quirúrgica y con la evaluación posterior que correspondía”.

DÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, el letrado actuante presenta alegaciones en las que manifiesta:

“De todo lo expuesto se deduce indefectiblemente que la complicación sufrida por mi representado en un primer momento tras la cirugía practicada de cataratas, fue un edema corneal, siendo emitido este juicio diagnóstico en la primera de las revisiones postoperatorias en fecha 22 de Marzo, a pesar de lo cual y de comprobar que el tratamiento prescrito no ofrecía mejora alguna, no fue hasta Enero de 2.001 cuando mi representado fue remitido a la Ciudad Sanitaria para que fuese efectuada una queratoplastia, ES DECIR, 10

MESES DESPUÉS DE SERLE DIAGNOSTICADO, operación que tras ser planificada para Abril, finalmente no pudo practicarse, DEJANDO TRANSCURRIR OTROS DIEZ MESES MAS SIN QUE SE LE DIERA EL TRATAMIENTO MEDICO CORRECTO, POR LO QUE LA ÚNICA SOLUCIÓN YA VIABLE FUE LA PRACTICA DE LA ENEUCLEACION DEL GLOBO OCULAR YA IRREVERSIBLE.

Que la Dra. L. A. en su pregunta núm. 4 señala que “en el caso que en un periodo de 6-10 meses no se resuelve el proceso de descompensación se pasa a la solución quirúrgica que consiste en un trasplante de cornea”, pues bien, a mi representado no se le practica en ningún momento esta intervención, DEJANDO TRANSCURRIR 23 MESES, TIEMPO QUE PROVOCÓ LAS GRAVES SECUELAS FÍSICAS Y PSÍQUICAS QUE PRESENTA MI MANDANTE.

(...) Del expediente administrativo se extrae que la practica de la enucleación del globo ocular derecho de mi representado, es consecuencia directa de un DILATADO PROCESO DE NO CURACIÓN DEL EDEMA, QUE ES IMPUTABLE EN EXCLUSIVA A UN ANORMAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO MURCIANO DE SALUD, tal y como se extrae de la Historia Clínica que consta en el expediente administrativo. De todo lo expuesto, cabe concluir que el hecho de no haber adoptado las medidas oportunas en la intervención quirúrgica por un lado y por otro, no haberle prestado el tratamiento médico adecuado en el momento oportuno, han provocado las graves e irreversibles secuelas de mi representado, al permitir que la única solución a sus dolencias fuera una intervención quirúrgica de tanta importante gravedad como la queratoplastia.”

UNDÉCIMO.- Por parte de la compañía de seguros Z. E. se remite un dictamen pericial, realizado conjuntamente por dos especialistas en oftalmología, el cual concluye:

1. *El paciente fue intervenido de catarata del OI (hay un error pues fue en el OD) y en el Hospital Comarcal del Noroeste en Caravaca de la Cruz (Murcia).*
2. *La indicación de intervenir la catarata fue adecuada.*
3. *La técnica empleada en la intervención fue la adecuada.*
4. *La cirugía se llevó a cabo sin complicaciones intraoperatorias.*
5. *En el postoperatorio inmediato se produjo un edema de cornea.*
6. *El edema de cornea crónico (queratopatía bullosa) es una complicación posible de la cirugía de la catarata.*
7. *La cirugía por sí misma favorece el desarrollo de un edema corneal.*
8. *La edad del paciente es un factor de riesgo para el desarrollo de un edema corneal posquirúrgico.*
9. *En el documento de consentimiento informado que firmó el paciente antes de la intervención se recoge la posibilidad de que se presentase esta complicación.*
10. *El seguimiento del edema así como el tratamiento que se prescribió fueron adecuados.*
11. *La decisión de derivar al paciente a su centro de referencia para realizar una queratoplastia fue adecuada.*

12. *El pronóstico de la queratoplastia era dudoso.*
13. *El paciente fue ingresado en su centro de referencia para realizar la queratoplastia y no se pudo llevar a cabo por mal estado de la cornea donante.*
14. *Los episodios de úlceras de repetición que se produjeron forma parte de la evolución del edema por descompensación corneal.*
15. *La infección que se produjo es una complicación que se puede presentar en las úlceras de una queratopatía bullosa.*
16. *El tratamiento que se prescribió cuando se presentaron la úlcera y la infección fue adecuado.*
17. *Las complicaciones que se produjeron en la evolución del edema y el mal pronóstico del trasplante hicieron necesario llevar a cabo la enucleación.”*

Este dictamen fue trasladado al reclamante, junto con la documentación anexa incorporada por Inspección Médica, a efectos de que formulase alegaciones.

DUODÉCIMO.- El 20 de noviembre de 2006 el reclamante presenta nuevo escrito de alegaciones en las que se ratifica en lo ya alegado, insistiendo en que durante el largo periodo que transcurrió desde la intervención quirúrgica de cataratas hasta el irreversible desenlace de la enucleación del globo ocular, el Sr. E. sufrió múltiples dolencias y complicaciones que no fueron atajadas de un modo acertado y correcto.

DECIMOPRIMERO.- La propuesta de resolución, de 24 de noviembre de 2006, desestima la reclamación, por cuanto el reclamante estaba debidamente informado de las complicaciones de la intervención de la catarata, pues en el documento de consentimiento informado consta, entre otros, los riesgos de aumento de la tensión ocular y las alteraciones de la transparencia de la córnea, los cuales desafortunadamente se materializaron, pero dicha información impide, en opinión de la instructora, una vez acreditada la correcta actuación médica, calificar el daño de antijurídico.

DECIMOSEGUNDO.- Con fecha 4 de diciembre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

La reclamación fue interpuesta por el propio paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa

para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, pues el paciente fue dado de alta del procedimiento de enucleación del OD el 12 de febrero de 2002, y la reclamación fue representada el 5 de febrero de 2003.

TERCERA.- Procedimiento y medios de prueba.

I. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, se considera cumplido en lo sustancial lo dispuesto en la LPAC y en el RRP con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, y que motivó que el reclamante interpusiera recurso de reposición contra la desestimación presunta de la reclamación, sin que haya constancia en el expediente de que haya interpuesto el correspondiente recurso contencioso administrativo contra dicho acto presunto, habiendo cumplimentado con posterioridad el reclamante los dos trámites de audiencia otorgados por el órgano instructor, tras proseguir las actuaciones en el procedimiento una vez evacuado informe por parte de la Inspección Médica, en cumplimiento de la obligación de la Administración de resolver expresamente los procedimientos (artículo 42.1 LPAC) también contemplada por el artículo 36.4 de la Ley 29/1999, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

II. Respecto a las cuestiones incidentales acaecidas sobre los medios de prueba propuestos por el reclamante, cabe recordar, con carácter general, nuestra doctrina (por todos Dictámenes núms. 147 y 190 del año 2005), que sintetizamos seguidamente:

– Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y, por tanto, los previstos en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ha derogado los artículos 1.214, 1.215, 1.226 y 1.231 a 1.253 del primer cuerpo legal, según se expresa en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2002.

– El instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (artículo 80, apartados 1 y 3, LPAC y 9 RRP). La potestad que asiste al reclamante para interesar que se practiquen cuantas pruebas considere necesarias para acreditar los hechos en los que se funde la existencia de su derecho debe ser enjuiciada por el órgano instructor a la hora de su ejercicio, pero siempre teniendo en cuenta que la actividad instructora debe estar presidida por la nota de neutralidad o imparcialidad, como reflejo de la objetividad a que viene obligada la Administración por mandato del artículo 103 de la Constitución.

En su aplicación al presente caso, la instructora ha rechazado la práctica de la prueba testifical de tres de las personas propuestas por la parte reclamante con el argumento de que los testigos de parte, por regla general, ratifican lo alegado por los interesados. A este respecto reiteramos la consideración de nuestro Dictamen núm. 190/2005, ya citado, por cuanto dicha motivación, además de no referirse a las causas que de forma restringida

establece el artículo 78.3 LPAC para su rechazo (manifiestamente improcedentes o innecesarias), aunque podría entenderse que la subsume en el apartado de “innecesarias”, quiebra con el principio de neutralidad ya indicado, sin que pueda prejuzgarse el alcance de sus contestaciones, so pena de incurrir en una apreciación preventiva. Distinto es que el órgano instructor pueda argumentar, en el presente caso, que la testifical propuesta tendente a acreditar los hechos, según motiva el reclamante, es innecesaria porque no se cuestionan los hechos, sino la “*lex artis*” seguida con el paciente.

En lo que atañe a la práctica de la testifical admitida en relación con tres facultativos del Hospital Comarcal del Noroeste, el letrado actuante solicitó que se realizara en su presencia, en contra del parecer de la instructora que ha sostenido que el interrogatorio no puede ser presencial por motivos laborales de los profesionales de la medicina y, en su lugar, solicitó al reclamante que presentara el interrogatorio de preguntas a formular a los testigos, como así se realizó finalmente. Sin duda puede el reclamante sostener fundadamente el derecho que le asiste a estar presente en la práctica de las pruebas testificales conforme a lo establecido en el artículo 81.2 LPAC, sin perjuicio de las excepciones recogidas en el artículo 364 LEC, sin que “*a priori*” se aprecie ninguna imposibilidad material para que dichos profesionales puedan someterse a la citada prueba testifical en presencia del instructor y de la parte reclamante, pues incluso el precitado artículo de la LPAC (apartado 3) prevé que la Administración pueda exigir al reclamante los gastos generados por la práctica de la prueba de parte. En este punto debemos recordar que el desarrollo de la práctica de la prueba ha de producirse con arreglo a los principios de contradicción e igualdad entre las partes, bajo la intermediación de quien instruya.

Pero también cabe indicar que, bajo la denominación de testificales de los profesionales de la medicina, se encubren en ocasiones auténticas pruebas periciales, cuestión que no es propia de una prueba testifical, sino de un juicio en el que los funcionarios correspondientes ya han emitido su parecer y frente al cual el reclamante puede aportar su propio dictamen pericial, o solicitar la emisión de uno elaborado por perito independiente, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 102/2006.

Pese a las deficiencias advertidas, que no vician de nulidad el procedimiento seguido, practicada la testifical con el interrogatorio de preguntas propuesto por el reclamante, éste dispone ya de todo el acervo documental acerca de la praxis médica seguida con el paciente, habiendo ejercitado su derecho a la defensa a través de las alegaciones presentadas en los trámites de audiencia otorgados, en los que no se ha solicitado aclaraciones o nuevas preguntas, habiendo demandado de forma reiterada que la Administración resuelva la acción ejercitada y, en congruencia con su petición, el Consejo Jurídico va a entrar a considerar el fondo de la reclamación presentada.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer,

señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Como puede advertirse, los criterios bajo los que debe ser enjuiciada la actuación médica son de índole estrictamente técnica. Ello supone que las consideraciones que puede realizar este Consejo Jurídico en casos como el presente han de limitarse al enjuiciamiento de los presupuestos y requisitos, de índole estrictamente jurídica, que deben concurrir en la actividad probatoria para que pueda concluirse la acreditación de la infracción de la referida “*lex artis*” o, lo que es lo mismo, en la existencia de una mala “*praxis*” médica (Dictamen 3/2004).

Como indicamos en nuestro Dictamen núm. 50/2007, la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a “*normopraxis*” descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidas durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

QUINTA.- Actuación anómala que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Para el reclamante la intervención quirúrgica de cataratas, sin adoptar las medidas oportunas, ha sido la determinante de las lesiones sufridas y ha provocado que en febrero de 2002 se le detectara como alteraciones más relevantes en el globo ocular, infiltrado inflamatorio crónico en conjuntiva a nivel limbo esclero-corneal, y presencia de abundantes colonias bacterianas en cámara anterior. En los escritos presentados, tras los trámites de audiencia otorgados, la parte reclamante incide, no sólo en no haberse adoptado las medidas oportunas en la intervención quirúrgica, sino también en no haberle prestado tratamiento médico adecuado al paciente en el momento oportuno, lo que le ha provocado las graves e irreversibles secuelas.

Por el contrario, la propuesta de resolución sostiene, con fundamento en el parecer de la Inspección Médica, que no hay datos referentes a que la intervención quirúrgica fuese incorrecta, y a que la cirugía no se efectuase con la adecuada técnica quirúrgica. En relación con los riesgos de la intervención materializados en el paciente, señala que éste estaba debidamente informado de las complicaciones que podía generar la intervención de catarata, pues en el documento de consentimiento informado constan, entre otros, los riesgos de aumento de la tensión ocular y las alteraciones de la transparencia de la córnea, por lo que no cabe calificar el daño de antijurídico. A este respecto conviene enfatizar que el reclamante no cuestiona que recibiera la información contenida en el documento de consentimiento informado.

Para determinar si la Administración ha puesto a disposición del paciente los medios para lograr su curación, en atención a que estamos ante una obligación de medios con independencia del resultado, conviene partir de los siguientes datos obrantes en la historia clínica y en los informes médicos, sobre todo el de la Inspección Médica, de acuerdo con lo señalado en la Consideración anterior, por su carácter eminentemente técnico (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005 del Consejo Jurídico), y a la vista de su importante labor investigadora realizada para esclarecer toda la praxis médica seguida con el paciente mediante entrevistas a diversos profesionales de la sanidad pública (folio 202), lo que motivó que se demorara en la emisión de su parecer:

1º. El paciente, de 72 años de edad, acude a consulta por pérdida de visión en ambos ojos. De acuerdo con el informe de la Inspección Médica la primera consulta documentada en el expediente data de 8 de octubre de 1999 (folio 59), por disminución de la agudeza visual en OD desde hacía un año, y en la exploración se anotó el dato de “*sólo apreciación de luz*”, ingresando el paciente en lista de espera quirúrgica de cataratas el 2 de diciembre de 1999.

2º. La intervención fue realizada el 14 de marzo de 2000, practicándosele una facoemulsificación de cristalino en el OD con implante de LIO, sin incidencias intraoperatorias, siendo dado de alta al día siguiente (folio 86). A preguntas de la parte reclamante, la Dra. L. A. contesta que se le realizó con la técnica habitual para esta cirugía, sin que se haya discutido por el reclamante la pertinencia de la intervención y de la técnica empleada.

3º. Fue citado para su posterior control postoperatorio el 22 de marzo de 2000, y el día de la revisión se aprecia edema corneal, por lo que se inicia tratamiento tópico específico junto con lente de contacto terapéutica, no apreciándose en ese momento infección ocular ni ulceración. El edema corneal es una complicación postoperatoria prevista en la información suministrada por el consentimiento informado (folio 67), extremo que tampoco es discutido por la parte reclamante.

4º. Pasados tres meses de la intervención, y sin solucionarse el edema a pesar del tratamiento, presenta una nueva complicación con aumento de la presión intraocular, por lo que ante la sospecha de un glaucoma maligno se decide efectuar iridectomía periférica, controlándose el cuadro de la hipertensión ocular. En este sentido, el reclamante no logra probar que los facultativos que le atendieron pudieran prever la aparición del glaucoma con anterioridad, a través del interrogatorio de preguntas formulado a la Dra. L., quien responde lo siguiente a la pregunta tres: “*La posibilidad de aparición de un glaucoma maligno no se puede diagnosticar con anterioridad a su aparición. En el caso del Sr. E. dicha crisis apareció a los cuatro meses de haber sido operado de cataratas. El glaucoma maligno es un cuadro de aparición súbita que ocurre como complicación de cirugía intraocular*” (...).

A mayor abundamiento cabe añadir otros dos datos: que es una complicación prevista en el consentimiento informado (aumento de tensión ocular postoperatoria), y que se solucionó con láser en el caso del paciente.

5°. Según constata la Inspectora Médica la evolución del paciente fue seguida y tratada por el Servicio de Oftalmología del Hospital de Caravaca, al que el paciente acudió a numerosas consultas (folio 196). Igualmente demandó atención médica no sólo por problemas oculares sino también por otras patologías: sufre de cardiopatía isquémica desde el año 1986 diagnosticada en el Hospital Virgen de la Arrixaca (HUVA), EPOC, infecciones urinarias de repetición y adenoma prostático, patología osteoarticular, etc. (folio 204).

6°. Los propios facultativos reconocen que la evolución del paciente fue desfavorable, tal y como expresa el reclamante, –lo que no implica “*per se*” una inadecuada praxis médica–, y ante la persistencia del edema corneal con descompensación endotelial (complicación también documentada en el consentimiento informado) se decide remitir al paciente a la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca en enero de 2001 para que valoren trasplante corneal en el ojo derecho, y según la Inspección Médica, la queratoplastia era de pronóstico dudoso (folio 205). El 30 de abril de 2001 ingresó en el Servicio de Oftalmología del HUVA (en aquel momento en el edificio de la Cruz Roja habían quirófanos de Oftalmología) a las 23,22 horas, y realizado de urgencias preoperatorio, no se le pudo efectuar el trasplante por encontrarse la cornea del donante en malas condiciones, y ante las importantes molestias que presenta el paciente se hace una nueva propuesta para queratoplastia en julio de 2001, siguiéndose el tratamiento local con colirios y lentilla terapéutica (respuesta 6 de la Dra. L.). Aclarando este periodo la Inspectora Médica manifiesta que se disponen de datos de registro de entrada de 6 de agosto de 2001 del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca que indican que el paciente se encontraba de nuevo en lista de espera para trasplante (folios 206 y 207). A este respecto el reclamante también fundamenta su pretensión en una de las respuestas de la Dra. L. (la núm. 4), que hace referencia a que si en un periodo de 6-10 meses no se resuelve el proceso de decompensación se pasa a la solución quirúrgica que consiste en un trasplante de córnea, y sostiene que en el caso del paciente se dejaron transcurrir 23 meses. Sin embargo, la intervención de la catarata data de 14 de marzo de 2000, y al paciente se le remitió al HUVA para valorar dicho trasplante corneal el 12 de enero de 2001, dentro del límite del plazo indicado por la Dra., si bien, como se ha indicado, no pudo llevarse a cabo el trasplante por las razones que detalla la Inspectora Médica (folio 206).

7°. Posteriormente, en enero de 2002, mientras el paciente permanecía en lista de espera, apareció una úlcera corneal que representa un agravamiento de su proceso, con la aparición de hipopion de fibrina y absceso corneal. Se describe la ecografía sin opacidades vítreas. Se inicia tratamiento local y sistémico. El 28 de enero de 2002 el paciente presenta una reacción alérgica posiblemente a ciprofloxacino. El 5 de febrero de 2002 ingresa urgente por una neumonía. Ante el agravamiento del cuadro ocular (endofthalmitis) y el decaimiento del estado general en la última semana se procede a efectuar la enucleación del globo ocular derecho el 6 de febrero de 2002, siendo dado de alta el 12 de febrero de 2002. A este respecto el letrado actuante pregunta al Dr. L. L. si con un juicio diagnóstico temprano en la detección del glaucoma podría haber evitado la enucleación del ojo derecho, a lo que responde: *“la causa de la enucleación fue una panendofthalmitis que es una infección del ojo en la que prácticamente están afectadas todas las estructuras. Si no hubiera aparecido esta endofthalmitis no se le hubiera realizado la enucleación”*. Asimismo señala el reclamante que la pérdida del ojo no está indicada en el Consentimiento Informado sobre cirugía de

la catarata, sin embargo sí consta esta posibilidad en un porcentaje mínimo para las complicaciones más graves. Tampoco ha de obviarse que la catarata, dolencia que padecía el paciente, supone la pérdida de la transparencia del cristalino que produce pérdida progresiva de la visión, llegando a ser total en algunos casos (folio 67).

8°. Acerca del tiempo empleado para los trasplantes de córnea, otro de los aspectos que cuestiona el reclamante, dice la Inspectora Médica (folio 205: “(...) *no hay tiempo definido para considerar las propuestas de queratoplastia, Que se piensa en esta posibilidad según la evolución del paciente. En este caso, una vez no resuelta la descompensación endotelial con tratamiento médico. Al ser preguntado nos comenta que ha tenido pacientes en lista de espera 3 meses y otros que han permanecido en espera 7-8 años, dependiendo de las córneas disponibles en cada momento, y la inclusión preferente o no en el listado*”.

Así pues el informe de la Inspectora Médica, que no sólo se ha fundamentado en la historia clínica e informes de los facultativos que intervinieron, sino también en su labor de investigación y consulta para clarificar periodos y actuaciones menos documentadas en la historia clínica, pone de manifiesto que las actuaciones diagnósticas y terapéuticas fueron adoptándose a la vista de la evolución del paciente, y las complicaciones pueden ser inevitables a pesar de haberse adoptado una asistencia correcta en los términos y parámetros antes indicados.

Frente a ello, las alegaciones del reclamante no vienen sustentadas por facultativo alguno, y el resultado de la prueba de parte practicada tampoco permite sostener la infracción de la “*lex artis*” en el presente caso, pese a que determinadas complicaciones contenidas en el documento de consentimiento informado se materializaron en el paciente. Y cuando las lesiones por las que se reclaman son debidas a cursos médicos evolutivos ajenos a infracción de la “*lex artis*”, no concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, como sostiene la STS, Sala 3ª, de 14 de marzo de 2007 (recurso 5613/2003).

Por último tampoco ha concretado el reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 217 LEC, la cuantía indemnizatoria que reclama, pese al tiempo transcurrido y los trámites de audiencia otorgados, lo que aboca asimismo a la desestimación de la reclamación.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 63/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a C. P. H., como consecuencia de los daños sufridos por caída en la vía pública.

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

Fecha: 07/05/07

Extracto de Doctrina

Existe una reiterada doctrina de este Órgano Consultivo sobre el momento en que debe acordarse la apertura del período de prueba. Al no disponer las normas procesales administrativas, ni las específicas del procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial nada al respecto, la doctrina ha abogado expresamente por la posibilidad de que se abra en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución, incluido, por lo tanto, el trámite de audiencia, criterio compartido por el Consejo Jurídico y puesto de manifiesto entre otros, en el Dictamen núm. 63/2004.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de mayo de 2003, D. C. P. H. presenta escrito donde expone que el día 7 de marzo de 2001, sobre las 17:30 horas, cuando caminaba por la carretera de la Alberca (antigua calle Regueiro), a la altura del núm. 6 de El Palmar (Murcia), sufrió una caída que le produjo una serie de lesiones de las que fue atendida en el Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”. Indica que el motivo de la caída fue el estado en que se encontraba el lateral de la calzada antes mencionada, debido a las obras llevadas a cabo por la mercantil R. M. C., S.A., conocida comercialmente como O., consistente en el cableado subterráneo de fibra óptica en esa zona. Añade que “*con anterioridad al inicio de las obras por parte de O., la zona carecía de aceras peatonales pese a lo cual, las zonas laterales de paso de los peatones y vecinos se caracterizaba por tener un piso firme, muy compacto, hasta tal punto que con el paso del tiempo, no crecía ningún tipo de vegetación. A consecuencia de las obras de cableado y al finalizar las mismas, esa misma zona quedó totalmente removida, con un piso nada firme, con abundantes matorrales y, en definitiva, ofreciendo grandes dificultades a los viandantes*”.

Como consecuencia del accidente la reclamante sufrió intervención quirúrgica y tuvo que someterse a tratamiento rehabilitador, siendo dada de alta con secuelas el día 14 de enero de 2002, aunque el siguiente día 29 de abril de 2002, tuvo que someterse a una nueva intervención quirúrgica como consecuencia de un rechazo a la placa de osteosíntesis que le habían implantado.

Por los anteriores hechos se siguió Juicio de Faltas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, que finalizó con Auto de 31 de enero de 2002, mediante el que se decretaba el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con la correspondiente reserva de acciones civiles.

Posteriormente, el día 30 de agosto de 2002, formuló reclamación ante el Excmo. Ayuntamiento de Murcia, al creer que el vial en el que se produjo la caída pertenecía a dicha entidad local. Sin embargo, mediante resolución de 2 de abril de 2003, la citada Corporación Local procedió a desestimar su reclamación basándose para ello en la titula-

ridad autonómica de la calzada. En la citada resolución se indica que concedido trámite de audiencia a la mercantil R. M. C., SA reconoce haber llevado a cabo las obras a través de la empresa constructora F. A., S.A., mediante contrato suscrito el día 4 de mayo de 1999, cuya cláusula decimoséptima prevé que *“la constructora asumirá la responsabilidad de todos los daños y perjuicios imputables a aquélla como consecuencia de la ejecución del objeto del presente contrato. La responsabilidad de la constructora se extenderá a cualesquiera daños y perjuicios que cause a la Operadora, sus empleados o agentes o a terceros en virtud de responsabilidad contractual o extracontractual o bajo cualquier otro concepto. Para la cobertura de tales responsabilidades la constructora se obliga a asegurar suficientemente a su cargo exclusivo, durante toda la vigencia de estas obligaciones, su responsabilidad civil por los daños y perjuicios que pueda causar directa o indirectamente por sí o por su personal y el de sus proveedores o subcontratistas a personas o bienes de la operadora y/o de terceros u otros”*.

Continúa afirmando que si bien es cierto que la actuación irregular que ha dado lugar al mal estado de la calzada en la que ocurrió el accidente, le es imputable a F. A., S.A., como contratista de R. M. C., SA, también lo es que a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a través de la Dirección General de Carreteras, le incumbe mantener las vías públicas de su titularidad en condiciones tales que se garantice la seguridad de los que por ellas transiten, deber que la reclamante considera incumplido por la Administración autonómica, lo que constituiría, a su juicio, causa suficiente para declarar la concurrencia de responsabilidad patrimonial y, por tanto, su derecho a ser indemnizada en la cuantía de 36.000 euros, en que cifra los daños sufridos.

Finaliza designando, a efecto de notificaciones, el domicilio de un letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

Une a su escrito copia de la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Murcia recaída en el expediente de responsabilidad patrimonial que, por los hechos antes descritos, se tramitó en dicha Corporación Local.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de julio de 2003 el instructor dirige escrito a la interesada a fin de que concrete el día exacto en el que se produjo la determinación del alcance de las secuelas.

El requerimiento es cumplimentado por la Sra. P. mediante la presentación de un escrito en el que hace constar las siguientes circunstancias:

a) Que en la tramitación de las Diligencias Previas a las que dio lugar la denuncia que en su día formuló, fue reconocida por el Médico Forense, quien emitió, con fecha 14 de enero de 2002, informe médico de sanidad en el que se determinan las secuelas que padece.

b) Que con posterioridad a dicha fecha tuvo que ser intervenida quirúrgicamente el día 29 de abril de 2002, como consecuencia del rechazo que desarrolló al material de osteosíntesis que se le había implantado.

Acompaña copia de la siguiente documentación:

- Informe médico forense en el que se indica que, como consecuencia de las lesiones padecidas, estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales 280 días, de los cuales 4 precisó de hospitalización. También señala que las secuelas que presenta son las siguientes:

*“Trastornos tróficos leves en tobillo derecho: 3 puntos.
Material de osteosíntesis en peroné derecho (placa atornillada): 2 puntos.
Flexión dorsal de pie derecho menor de 30 grados: 2 puntos.
Cicatriz de 17 cms. en cara externa de pierna derecho. PE de grado ligero: 3 puntos.
Flexión plantar de pie derecho menor de 50 grados: 4 puntos”.*

- Informe clínico de alta correspondiente a la intervención quirúrgica de extracción de material de osteosíntesis.
- Informe del Dr. M. M., del Centro Médico A., en el que se señalan como secuelas permanentes al alta, las siguientes:
*“Limitación de movilidad de tobillo menor del 50%.
Edema crónico.
Dolor a bipedestación y deambulaciones prolongadas”.*

TERCERO.- Con fecha 30 de octubre de 2003 el instructor se dirige de nuevo a la interesada a la que requiere para que mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversa documentación (DNI de la reclamante; informes médicos; acreditación de la realidad de los hechos mediante indicación de testigos, atestado u otros medios de prueba; certificación bancaria en la que se haga constar el código cuenta cliente de la reclamante; así como declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente).

Finalmente, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

La interesada atiende el requerimiento mediante la presentación, el 14 de abril de 2004, de un escrito al que acompaña la siguiente documentación:

- a) Fotocopia compulsada de su documento nacional de identidad.
- b) Fotocopia compulsada de diversas fotografías del lugar en el que ocurrieron los hechos.
- c) Fotocopias compulsadas de los informes médicos (incluido el del Médico Forense), acreditativos de las lesiones padecidas, tratamientos seguidos y secuelas resultantes.
- d) Declaración de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia de los hechos denunciados.
- e) Certificación bancaria indicando su código de cuenta cliente.
- f) Copia testimoniada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Murcia del informe emitido por el Médico Forense, en el que se señalan las secuelas padecidas por la reclamante, por las que, aplicado analógicamente el Baremo contenido en el Anexo de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, correspondería indemnizarle con la cantidad de 36.000 euros.

Finaliza su escrito proponiendo los siguientes medios de prueba:

- a) Documental, consistente en los documentos aportados al expediente.
- b) Más documental, consistente en el informe requerido a la Dirección General de Carreteras.
- c) Testifical, consistente en declaración de D. J. G. P. y de D. A. M. J., a cuyo efecto adjunta fotocopias compulsadas de sus correspondientes documentos nacionales de identidad.

CUARTO.- Con la misma fecha, es decir el día 30 de octubre de 2003, la instructora requiere a la Dirección General de Carreteras para que emita informe sobre diversas cuestiones relacionadas con los hechos origen de la reclamación. Tras reiterar en distintas ocasiones el envío del informe solicitado, éste es emitido con fecha 1 de junio de 2004 por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras del Sector de Murcia, en el siguiente sentido:

“1. No se tiene constancia alguna sobre la realidad o certeza del accidente ya que no se ha aportado ningún tipo de diligencias o personaciones que demuestren la realidad del mismo en el lugar y por las circunstancias aducidas por la reclamante.

2. La calzada de la Carretera MU-302 a su paso por el lugar señalado se encontraba en buen estado de acuerdo con los partes de trabajo obrantes en este servicio.

3. Se desconocen las actuaciones atribuibles a R. M. C., S.A. acerca de su responsabilidad en dicho siniestro ya que el servicio de conservación carecía de competencias para informar sobre las autorizaciones y su seguimiento en la fecha del accidente, debiendo informar sobre el mismo el Servicio de Explotación y Seguridad Vial.

4. El tramo a que hace referencia la reclamante carece de aceras para paso de peatones y desde las viviendas colindantes se accede directamente al arcén de la carretera que no tiene dicha función ni está habilitado para el paso de peatones.

5. La competencia para construir aceras para dar servicio a las edificaciones que están autorizadas por el Ayuntamiento corresponde a éste.

6. Sin entrar en otro tipo de valoraciones se deduce que la persona accidentada no debía circular por el arcén de la carretera debido a su peligrosidad por la proximidad a la circulación de todo tipo de vehículos.

7. En la zona señalada en donde presumiblemente se produjo el lamentable accidente existen dos pequeñas escaleras de acceso a las viviendas de la demandante con una disposición de sus escalones muy complicada y que en caso de ser utilizada podría provocar un serio accidente aportándose fotografías de las mismas”.

QUINTO.- El mismo día 30 de octubre de 2003 el instructor solicita al Juzgado de Instrucción núm. Uno de Murcia la remisión del testimonio íntegro del Juicio de Faltas núm. X, que se tramitó en dicho Juzgado como consecuencia del accidente sufrido por la reclamante. Esta petición fue reiterada el día 23 de abril de 2004 y cumplimentada mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de la Consejería consultante el día 26 de mayo de 2004, al que se acompañaba testimonio de las actuaciones judiciales antes indicadas, las cuales finalizaron mediante auto de archivo con reserva de acciones civiles.

SEXTO.- El día 6 de octubre de 2004 el órgano instructor se dirige nuevamente a la Dirección General de Carreteras, con el fin de que informara expresamente sobre las obras

realizadas en la carretera en la que presuntamente ocurrieron los hechos, la empresa que las llevó a cabo, autorización para su ejecución, responsabilidad y cualquier otra cuestión que se estime de interés. La petición fue reiterada en tres ocasiones (4 de febrero de 2005, 8 de febrero de 2006 y 29 de marzo de 2006), emitiéndose el informe, finalmente, el día 25 de abril de 2006, en los siguientes términos:

“1º. Que en el tramo de carretera afectada, la empresa “R. M. C., S.A.”, con CIF X poseía autorización para la realización de las obras “Pyto. Infraestructura de obra civil ruta troncal secundaria: X, (interconexión El Palmar-La Alberca)”, con nº de expediente X y nº de registro X.

2º. En el resto de apreciaciones, me ratifico en el informe emitido por D. L. L. C., Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, Sector de Murcia, de la Dirección General de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.

SÉPTIMO.- Admitida a trámite la prueba testifical propuesta, el órgano instructor requiere a la reclamante para que aporte el interrogatorio de preguntas que desea formular a los testigos. Presentado el pliego de preguntas, la prueba se practicó el día 6 de octubre de 2004, con el resultado que consta en el expediente (folios 94 a 99 inclusive).

OCTAVO.- Por el órgano instructor se requiere al letrado Sr. B. P., para que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), acredite la representación para actuar en nombre de la reclamante, lo que se lleva a cabo a través de comparecencia de la interesada ante el órgano instructor.

NOVENO.- Concedido trámite de audiencia, el letrado de la interesada envía escrito mediante el que, en síntesis, se formulan las siguientes alegaciones:

1ª. Que su representada reside en la vía en la que ocurrieron los hechos y, por ello, se ve obligada, pese a su peligrosidad, a deambular por la senda que existe entre la fachada de las viviendas y la calzada. El hecho de que no existan aceras, pese a que se ha requerido en repetidas ocasiones a la Administración competente para que las ejecutase, no puede condenar a los vecinos de la zona a no salir de sus casas.

2ª. Que en el momento del accidente la Sra. P. fue atendida por dos Policías Locales de El Palmar (con número de placas X y X), los cuales pueden atestiguar la realidad del accidente, por lo que propone que, si se estima conveniente, se proceda a citarlos para que comparezcan en el expediente a fin de practicar la correspondiente prueba testifical.

3ª. Que la realidad del empeoramiento de las características de la senda tras las obras ejecutadas por la mercantil O., ha quedado acreditada tanto por las fotos que, en su momento, se incorporaron al expediente, como por la prueba testifical practicada a instancia de la reclamante.

DÉCIMO.- Seguidamente la instrucción dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no ha quedado acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 y siguiente LPAC. Fundamenta la instructora esta afirmación en la constatación de dos circunstancias que eximirían de tal responsabilidad a la Administración autonómica. La primera de ellas vendría dada por la conducta imprudente de la reclamante, al circular por un lugar no habilitado para el paso de peatones, y la segunda, por el hecho de que, según se afirma en la reclamación, los daños se produjeran como consecuencia de las

obras ejecutadas por la mercantil R. M. C., S.A., sociedad que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vendría obligada a asumir la indemnización que correspondiera hacer efectiva, en su caso, a la Sra. P.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 6 de octubre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del RRP.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo para reclamar.

La reclamación fue interpuesta por la propia accidentada, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la vía donde se produce el siniestro de titularidad regional, corresponde a la Administración Regional.

Por otro lado, en lo que a la temporalidad de la acción de se refiere, el artículo 142.5 LPAC establece el plazo de prescripción de un año respecto del derecho a reclamar que, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, comienza a computarse desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas. En el supuesto que nos ocupa, aunque el accidente tiene lugar el 7 de marzo de 2001 y la reclamación se presenta el 16 de mayo de 2003, hay que considerarla interpuesta dentro del plazo legalmente previsto, ya que, según consta en el informe emitido por el Médico Forense que obra en las Diligencias judiciales, la interesada causó alta con secuelas el 14 de enero de 2002. A esta circunstancia habría que añadir la también constatada en el expediente de que, con posterioridad, tuvo que ser nuevamente intervenida quirúrgicamente el día 29 de abril de 2002, como consecuencia del rechazo que desarrolló al material de osteosíntesis que se le había implantado.

En cualquier caso, consta acreditado en las actuaciones que, por los mismos hechos, se siguieron diligencias penales (Juicio de Faltas núm. 562/2001) ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, siendo archivadas por Auto de 31 de enero de 2002, al no ser los hechos constitutivos de infracción penal. A mayor abundamiento se ha de entender que el plazo quedó interrumpido al haber interpuesto la interesada reclamación ante el Ayuntamiento de Murcia el día 30 de agosto de 2002 (cuatro meses después de haber sido intervenida por segunda vez), cuya falta de competencia para conocer la misma (por no ser titular de la vía) fue resuelta el 2 de abril de 2003.

TERCERA.- Procedimiento.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir. Pues bien, un análisis de las actuaciones desplegadas en la instrucción del expediente evidencia las siguientes anomalías procedimentales:

1ª. Si se produce cambio en el instructor del procedimiento (y en el presente se contabilizan hasta cuatro instructores diferentes) ha de ponerse en conocimiento de los interesados, al objeto de que puedan alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC). No obstante, cada uno de los instructores ha realizado diligencias que han sido notificadas a la reclamante, sin que ésta haya formulado alegación alguna respecto a los cambios producidos en la figura del instructor.

2ª. Se observa que se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), figurando dos paralizaciones de actuaciones muy significativas. La primera tiene lugar desde el 30 de octubre de 2003, fecha en la que se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, hasta el 1 de junio de 2004, en que dicho informe se emite. La segunda se produce desde el día 6 de octubre de 2004, momento en el que la instructora solicita al citado Órgano Directivo una ampliación del anterior informe, hasta el día 25 de abril de 2006, fecha en la que se emite el nuevo informe. Se constata, pues, que el retraso en evacuar los informes solicitados ha supuesto una demora en la tramitación del expediente de más de dos años. Sobre las consecuencias que la omisión de informes, preceptivos o facultativos, puede tener, tanto sobre la instrucción del procedimiento como sobre la posible responsabilidad en que pudieran haber incurrido los funcionarios obligados a emitirlos o remitirlos, damos por reproducidas las consideraciones contenidas en nuestro Dictamen núm. 137/2004.

3ª. En lo que respecta al requerimiento efectuado por el órgano instructor al letrado que dice actuar en nombre y representación de la reclamante para que acredite tal extremo, este Órgano Consultivo considera que tal actuación no resulta exigible. En efecto, según establece el artículo 32 LPAC los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Sin embargo, para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá la representación.

En el concreto supuesto que nos ocupa, la reclamante en su escrito de iniciación designa el domicilio de un letrado a efectos de notificaciones y, posteriormente, este último lleva a cabo varias actuaciones en nombre y representación de aquélla tales como la practica de la prueba testifical y la presentación de un escrito solicitando se reitere de la Dirección General de Carreteras la emisión del preceptivo informe sobre el accidente sufrido por su representada, actuaciones que se han de considerar válidas puesto que el citado precepto de la LPAC exige la acreditación para incoar cualquier tipo de procedimiento, pero, una vez iniciado, jugará la presunción a favor de la representación respecto de cualquier acto

del procedimiento, incluidos los actos de instrucción entre los que se encuentra la práctica de prueba o formular alegaciones. Sólo en el supuesto de que el representante hubiese pretendido entablar recursos, desistir de acciones o renunciar a derechos, habría resultado necesaria la acreditación de la representación.

4ª. Sugerida por la Dirección General de Carreteras y por la propia reclamante que la causa por la que los peatones se veían obligados a transitar por la carretera no es otra que la inexistencia de aceras en el lugar, y que la obligación de construirlas incumbe a la Administración Local, nos encontraríamos ante un posible supuesto de responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas contemplado en el artículo 140.2 LPAC y, más concretamente, del Ayuntamiento de Murcia –en cuyo término municipal se hallan la viviendas cuyas fachadas dan al denominada Camino del Regueiro– y de la Administración regional (titular de la vía y, por tanto, responsable de su mantenimiento), lo que hubiera exigido también, desde la óptica de una adecuada instrucción, que se oficiara a la citada Corporación Local para que informara sobre las circunstancias que han dado lugar a la omisión de su cumplimiento de dotar de aceras para el tránsito de peatones en dicha zona, y para que formulase, en su caso, las alegaciones que estimara procedentes en relación con su posible coparticipación, por omisión, en el hecho causante. A lo anterior no obsta el hecho de que el Ayuntamiento tuviera conocimiento de la existencia de la reclamación, llegando a tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial que finalizó mediante acuerdo desestimatorio por falta de legitimación pasiva, porque instruido el procedimiento por la Administración regional se incorporan al expediente nuevas actuaciones (en concreto el informe de la Dirección General de Carreteras y el resultado de la prueba testifical) que aportan indicios suficientes para que se plantee la existencia de nexo causal entre el funcionamiento irregular del servicio público municipal, por omisión, y el daño sufrido por la Sra. P.. Al no haber puesto en conocimiento del Ayuntamiento la existencia de estas actuaciones, no puede considerarse cumplido el requisito del procedimiento que exige su preceptiva participación en la tramitación del expediente (bien a través del trámite de consulta establecido en el artículo 18.2 RRP, bien por medio del trámite de audiencia del artículo 84.1 LPAC), debiendo proceder la Consejería consultante a comunicar a la Corporación Local implicada todas las actuaciones realizadas, otorgándole un plazo para que formule cuantas alegaciones estime oportunas.

5ª. A lo largo del procedimiento se ha apuntado repetidamente que el presunto mal estado de la senda por la que circulaba la reclamante era imputable a la mercantil R. M. C. S.A., (O.), como consecuencia de las obras que ejecutó en dicho lugar, debidamente autorizada para ello por la Administración regional, titular de la carretera (folio 163), se supone que al amparo de lo que al respecto se determina en los artículos 21 y siguientes de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia. Pues bien, pese a ello, ni se incorpora al expediente copia de la autorización ni se otorga trámite de audiencia a la empresa autorizada ni a la por ésta contratada para la ejecución de las obras, forma incorrecta de proceder que puede generar indefensión y comportar, por tanto, la nulidad de lo actuado.

6ª. La reclamante con ocasión del trámite de audiencia propone prueba testifical de los policías locales con números de placa X y X, que le prestaron asistencia en el momento de ocurrir el accidente. Existe una reiterada doctrina de este Órgano Consultivo sobre el momento en que debe acordarse la apertura del período de prueba. Al no disponer las normas procesales administrativas, ni las específicas del procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial nada al respecto, la doctrina ha abogado expresamente por

la posibilidad de que se abra en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución, incluido, por lo tanto, el trámite de audiencia, criterio compartido por el Consejo Jurídico y puesto de manifiesto entre otros, en el Dictamen núm. 63/2004.

En el supuesto objeto de Dictamen, es con ocasión del trámite de audiencia cuando la reclamante advierte la oposición de la Administración a reconocer como ciertos los hechos alegados, por lo que aprovecha este momento procesal para proponer la prueba, aunque habiéndosele ofertado con anterioridad dicha posibilidad sólo propuso la testifical de dos vecinos de la zona. Propuesta la prueba, el órgano instructor, a tenor de lo establecido en el artículo 80.3 LPAC, viene obligado bien a practicarla, bien a rechazarla mediante resolución motivada, cuando considere que es manifiestamente improcedente o innecesaria. La ausencia de tal resolución expresa de rechazo de la prueba propuesta, así como la omisión, siquiera fuera en la propuesta de resolución, de cualquier motivación para negar la práctica de las pruebas solicitadas por la interesada en su escrito de alegaciones, convierte tal rechazo en arbitrario, al tiempo que sume a aquélla en indefensión, pues no sólo le priva de conocer las razones o argumentos que fundamentan tal decisión para poder combatirla, sino que además le impide traer al procedimiento determinados elementos de juicio que pueden ser relevantes para su resolución. Obsérvese que lo solicitado por la interesada es la declaración de los policías locales que le prestaron asistencia en el momento de ocurrir los hechos y que, por lo tanto, pueden con su testimonio cualificado aportar datos que permitan al órgano que ha de resolver obtener información sobre los siguientes extremos que no han quedado aclarados con la instrucción practicada:

- a) Que el accidente se produjera en el lugar y forma descritos en la reclamación, puesto que la única prueba aportada por la interesada (además de sus propias afirmaciones) ha consistido en la declaración de dos vecinos de la zona, los cuales, a preguntas de la reclamante, indican que no presenciaron su caída (folios 94 y 97); y a la concreta pregunta sobre las condiciones de paso en las que quedó la zona una vez acabadas las obras ejecutadas por la empresa O., el primer testigo responde que “*aparentemente bien*” (folio 95), y el segundo que “*tapada la zanja con tierra*” (folio 98).
- b) Que la situación de la senda de tránsito que se refleja en las fotografías que se acompañan a la reclamación se corresponde con la que presentaba el lugar el día del accidente; así como si las condiciones de deambulación se habían tornado más dificultosas y peligrosas como consecuencia de las obras antes citadas.
- c) Cualesquiera otras circunstancias que por la reclamante o por el órgano instructor se considerasen procedentes.

Lo expuesto en los anteriores apartados evidencia la relevancia que para un correcto enjuiciamiento de los hechos tienen los actos de instrucción omitidos, por lo que procede declarar la nulidad de las actuaciones y retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al trámite de audiencia para que se complete la instrucción en los siguientes términos:

- a) Se acuerde la práctica de la prueba propuesta por la interesada en su escrito de alegaciones o, en su defecto, se dicte resolución declarándolas improcedentes o innecesarias. En este último supuesto, la motivación habría de ser ampliamente fundada pues, afectando al principio contradictorio y, en definitiva, al derecho mismo de defensa, la resolución final del procedimiento se vería afectada de invalidez si

las pruebas rechazadas fueran declaradas procedentes o necesarias en un eventual recurso contencioso-administrativo.

- b) Se dé traslado de lo actuado al Ayuntamiento de Murcia, con el fin de que pueda formular las alegaciones que estime procedentes.
- c) Se incorpore al expediente la autorización en virtud de la cual la mercantil R. M. C., S.A., ejecutó obras en la carretera de titularidad pública en la que ocurrió el accidente.
- d) Se conceda trámite de audiencia a dicha mercantil y a la empresa F. A., SA, con quien, al parecer, la primera empresa contrato la realización de las obras.
- e) Cualquier otro dato, informe o actuación que se estime conveniente por el órgano instructor.

Una vez ultimada la instrucción del procedimiento, con incorporación de los documentos, informes y demás pruebas practicadas en el expediente, se procederá por el órgano instructor a ponerlo de manifiesto a la reclamante, inmediatamente antes de redactar nueva propuesta de resolución.

CUARTA.- Sobre las razones en las que se apoya la propuesta de resolución desestimatoria.

Sin prejuzgar el sentido con el que finalmente pueda dictarse la nueva propuesta de resolución que se produzca una vez completada la instrucción en los términos que se señalan en la anterior Consideración, este Órgano Consultivo, una vez analizados los argumentos en los que se basa la actual propuesta de resolución, ha de poner de manifiesto su disconformidad con las tesis que en ella se mantienen.

En primer lugar pretende el órgano instructor en su propuesta exonerar a la Administración de su posible responsabilidad, imputando a la reclamante la culpa exclusiva del accidente, al circular por un espacio no habilitado para el tránsito de peatones. Pues bien, la relación causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que, en principio, implicaba la necesidad de que el daño fuera consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, ha ido matizándose por la doctrina jurisprudencial, en la que, sin establecer reglas generales, se han tomado en consideración las circunstancias objetivas de cada caso, admitiendo la posibilidad de que la actuación de un tercero o de la propia víctima produzca la ruptura de la relación de causalidad o, según los casos, dé lugar a una concurrencia de causas. Pero, admitida desde un plano teórico jurídico tal posibilidad, su aplicación al concreto supuesto que ahora nos ocupa resultaría, no sólo forzada, sino además inadmisibles, pues del material probatorio obrante en el expediente se desprende que a la reclamante no le cabía otra posibilidad para desplazarse que hacerlo por la senda existente entre la calzada y la fachada de su vivienda. Sólo si se probase por la Administración –a la que corresponde hacerlo por ser ella la que alega la causa de exoneración– que existe un paso alternativo que la víctima no usó, optando así de modo libre por circular por un lugar inidóneo, cabría imputarle las consecuencias negativas de su, entonces sí, imprudente actuación.

El segundo motivo de exoneración se hace descansar en el contenido del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que se establece la obligación

del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones de ejecución del contrato, lo que haría recaer la responsabilidad en la mercantil R. M. C., S.A.. Esta afirmación ignora la doctrina que, al respecto, viene manteniendo el Consejo Jurídico (entre otros, Dictámenes números 9 y 20 del año 2002), de que una interpretación sistemática de dicho precepto nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra éstos si de los hechos se desprendiese su responsabilidad. En este sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que cabe destacar la de 23 de febrero de 1995, como el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999. Es decir, la Administración debe responder directamente por daños los causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra ellos.

También se ha de tener en cuenta que en el supuesto que nos ocupa no estamos ante un servicio público cuya gestión se concede a un particular o ante una obra pública cuya ejecución se encomienda a un contratista privado. En el presente caso se trata de una obra de carácter privado que se realiza en una zona de dominio público autorizada por la Dirección General de Carreteras. En estos supuestos cabe afirmar "*prima facie*" que el riesgo se genera por la propia actividad que desarrolla el particular y no por la Administración al autorizarla, a no ser, claro está, que se haya autorizado sin que se cumplan los requisitos mínimos de seguridad o que se haya omitido la correspondiente actividad "*in vigilando*", lo que evidenciaría un funcionamiento anormal del servicio de inspección, conservación y mantenimiento de carreteras; circunstancias éstas que deben clarificarse con los actos de instrucción complementarios que se indican en la Consideración Tercera de este Dictamen, todo ello, además, sin perjuicio de que también pudieran responder el titular de la obra y el Ayuntamiento de Murcia de aquellos daños que a ellos resultaran imputables.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que procede que se complete la instrucción del procedimiento en los términos que se señalan en la Consideración Tercera de este Dictamen, y se remita de nuevo a este Consejo la nueva propuesta de resolución.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 64/07.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Turismo, Comercio y Consumo (2004)

Fecha: 14/05/07

Extracto de Doctrina

La forma y el alcance del desarrollo reglamentario que puede aprobar la Administración regional en la materia que nos ocupa vienen limitados esencialmente por dos cuerpos normativos: a) uno, general, constituido por la Ley regional 6/2004, y en concreto, por lo dispuesto en sus artículos 38 y 52.1; y b) otro, especial, constituido por la LCCMU, interpretada conforme a las prescripciones básicas contenidas en la LBCC.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de junio de 2005, la Dirección General de Comercio y Artesanía promovió la iniciación de un procedimiento para la aprobación, por Decreto del Consejo de Gobierno, de un reglamento general de desarrollo de la Ley regional 9/2003, de 23 de marzo, de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia (en adelante, LCCMU). Acompañaba a su propuesta una memoria económica y un informe sobre el impacto por razón de género que habría de tener dicha norma, de la misma fecha, referidos todos estos documentos a un primer borrador de Decreto.

SEGUNDO.- Remitida la documentación anterior a la Secretaría General de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, el 14 de julio siguiente emite informe su Servicio Jurídico, ratificado por el Vicesecretario, y en el que, partiendo de la procedencia de abordar el desarrollo reglamentario de la LCCMU, se realizan diversas observaciones. Las de carácter procedimental se refieren a la necesidad de consultar a las Cámaras de Comercio, Industria y, en su caso, Navegación regionales, al resto de Consejerías, al Consejo Asesor Regional de Comercio, Dirección de los Servicios Jurídicos, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES) y Consejo Jurídico de la Región de Murcia; no así a la Dirección General de Presupuestos, Programación y Fondos Europeos porque, según la citada memoria económica, la futura norma no generaría nuevas obligaciones de dicha naturaleza para la Administración regional.

En cuanto al fondo del proyecto, se realizan observaciones generales sobre la competencia regional en materia de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, sobre las disposiciones cuya vigencia y aplicabilidad quedarían afectadas por la futura norma, y sobre el uso de la técnica de repetir o transcribir en la misma los preceptos de la LCCMU, así como diversas observaciones sobre concretos preceptos del borrador informado, a fin de mejorar la calidad técnica del mismo o completar aspectos en la regulación pretendida.

TERCERO.- El 21 de julio de 2005, la Jefe del Servicio Jurídico de la citada Dirección General emite informe en el que analiza las observaciones del informe anterior. En lo que se refiere a la consulta a las Cámaras regionales indica que, independientemente del acto formal de consulta, dicha Dirección ha elaborado el borrador contando con los Secretarios

Generales de las citadas Cámaras en sucesivas reuniones. En cuanto el resto de observaciones planteadas, analiza pormenorizadamente las que considera que deben ser aceptadas o no.

CUARTO.- Obra en el expediente una certificación, de 26 de octubre de 2005, en la que se hace constar que el borrador de Decreto fue informado favorablemente por el Consejo Asesor Regional de Comercio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en sesión de la misma fecha, si bien formulando dicho órgano una recomendación puntual sobre el artículo 56 del texto informado. Se adjunta la transcripción del acuerdo y las deliberaciones efectuadas por el Consejo Asesor referido.

QUINTO.- Remitido el borrador a las distintas Consejerías de la Administración regional, sólo presentaron alegaciones destacables, en junio de 2006, las de Industria y Medio Ambiente, y la de Agricultura y Agua, con observaciones puntuales para la mejora técnica de su articulado.

SEXTO.- Solicitado el preceptivo Dictamen del CES, fue emitido el 30 de junio de 2006, en sentido favorable, sin perjuicio de determinadas observaciones no sustanciales formuladas para la mejora técnica del texto remitido.

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 27 de julio siguiente, el Secretario General de la Consejería plantea a la Dirección General de Comercio y Artesanía la posibilidad de incluir en la futura norma un precepto relativo a la solución extrajudicial de conflictos entre los miembros de la respectiva Cámara, o entre éstos y terceros, para que se incluyera en el proyecto la previsión de una Corte de Arbitraje al efecto.

OCTAVO.- En escrito de 22 de septiembre de 2006, la citada Dirección General realiza observaciones sobre las cuestiones puntuales planteadas en el Dictamen del CES, aceptando o rechazando, en su caso, lo propuesto por dicho Organismo. Ello motivó la elaboración de un nuevo borrador, con la fecha antes indicada.

NOVENO.- Remitido el expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos para la emisión de su preceptivo informe, fue emitido el 29 de noviembre de 2006, en sentido favorable al borrador propuesto, sin perjuicio de determinadas observaciones. Entre las de orden formal, se reseña la falta del preceptivo informe final de la Vicesecretaría, al que se refiere el artículo 53.2 de la Ley regional 6/2004, y la conveniencia de que se hubiera solicitado formalmente de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación regionales su parecer sobre la iniciativa normativa de referencia, aun cuando conste en el expediente la participación de algunos de sus representantes en su elaboración.

Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo, el informe citado pone de manifiesto el incumplimiento del plazo establecido en la Disposición Final Segunda LCCMU; la inadecuada, en ocasiones, inserción de preceptos de dicha Ley en el articulado del proyecto, así como otras observaciones para la mejora técnica de algunos de sus preceptos.

DÉCIMO.- El 5 de diciembre de 2006 el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe.

UNDÉCIMO.- Mediante oficio de 27 de diciembre de 2006, el Director General de Comercio y Artesanía remite a la citada Secretaría General una certificación del acuerdo del Consejo Asesor Regional de Comercio comprensiva del texto de borrador sobre el que dicho órgano emitió informe en su día, en el que se analizan las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, y un último borrador de Proyecto de Decreto.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 16 de enero de 2007, el Secretario General de la Consejería solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de disposición reglamentaria que pretende aprobarse en desarrollo de una Ley regional, en concreto la LCCMU, por lo que concurre el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que la tramitación del procedimiento ha seguido, en lo sustancial, lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Por lo que se refiere a la consulta a las Cámaras de Comercio, Industria y, en su caso, Navegación existentes en la Región de Murcia (en adelante, las Cámaras), así como a las organizaciones empresariales más representativas en la Región, cabe señalar que dichas entidades han tenido participación en el proceso de elaboración de la disposición a través del sometimiento de sus borradores al preceptivo informe de órganos consultivos en los que están representados, como son el Consejo Asesor Regional de Comercio y el CES, dándose así el supuesto previsto en el artículo 53.3, d) de la citada Ley, que autoriza en tal caso a prescindir del citado trámite de audiencia.

TERCERA.- Contenido del Proyecto de Decreto.

El Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen tiene el siguiente contenido:

- Exposición de Motivos.
- Artículo Único, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCCMU.
- Disposición Transitoria Única, que establece un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del Decreto para que las Cámaras adapten sus respectivos Reglamentos de Régimen Interior (en adelante, RRI) al mismo y a la LCCMU.
- Disposición Derogatoria Única, por la que se derogan las normas de rango reglamentario que se opongan a la presente.
- Disposición Final, relativa a la entrada en vigor de la norma, a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

El Reglamento se compone de:

- Capítulo I. “*Disposiciones Generales*” (artículo 1).
- Capítulo II. “*Ámbito Territorial*” (artículos 2 a 5).

- Capítulo III. “*Funciones*” (arts. 6 y 7).
- Capítulo IV. “*Organización*” (arts. 8 a 26, divididos en Secciones, dedicadas al Pleno, al Comité Ejecutivo, al Presidente, a otros cargos, a los ceses y vacantes, y al Secretario General de cada Cámara).
- Capítulo V. “*Régimen electoral*” (arts. 27 a 47, divididos en Secciones, dedicadas al derecho de sufragio, censo electoral y procedimiento electoral).
- Capítulo VI. “*Régimen económico y presupuestario*” (artículos 48 a 50).
- Capítulo VII. “*Consejo de Cámaras Oficiales del Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia*” (arts. 51 a 60, divididos en Secciones, dedicadas a su naturaleza y funciones, organización y régimen económico).

CUARTA.- Competencia y habilitación legal.

I. Consideraciones Generales.

El Proyecto de Decreto pretende constituir el desarrollo reglamentario general de la LC-CMU, aprobada por la Comunidad Autónoma en ejercicio de su competencia de desarrollo de la legislación básica estatal en materia de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, constituida por la Ley 3/1993, de 22 de marzo (LBCC).

Como se expondrá a continuación, la forma y el alcance del desarrollo reglamentario que puede aprobar la Administración regional en la materia que nos ocupa vienen limitados esencialmente por dos cuerpos normativos: a) uno, general, constituido por la Ley regional 6/2004 citada con anterioridad, y en concreto, por lo dispuesto en sus artículos 38 y 52.1; y b) otro, especial, constituido por la LCCMU, interpretada conforme a las prescripciones básicas contenidas en la LBCC.

1. Por lo que se refiere a los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, hay que señalar que los mismos establecen que los Consejeros podrán ejercer la potestad reglamentaria cuando por disposición de rango legal les esté expresa (artículo 38) y específicamente (artículo 52.1) atribuida, o en las materias de ámbito organizativo interno de su departamento.

Tales prescripciones legales, introducidas en el ordenamiento jurídico regional con posterioridad a la aprobación de la LCCMU, imponen que en todos los casos (numerosos) en que esta Ley se refiere a un posterior desarrollo reglamentario, sin habilitar específicamente al Consejero competente (habilitación esta última que se realiza en contadas ocasiones, vgr. arts. 34.1 y 35), ha de ser el Consejo de Gobierno el que efectúe tal desarrollo. Esta circunstancia, imprevista en el momento de aprobarse la LCCMU (la entonces vigente Ley 1/1988, de 7 de enero, sólo exigía atribución específica de dicha potestad a los Consejeros, sin exigencia de rango legal, ex arts. 21.4 y 49, d), provoca que algunos aspectos que en el proyectado Reglamento se remiten a Orden reglamentaria del Consejero en la materia, deban ser regulados por Decreto del Consejo de Gobierno (al menos en tanto no se modifique la LCCMU en lo necesario). En este sentido, no cabe duda, a la vista de los precedentes que ofrece la normativa de otras Comunidades Autónomas, que algunos de tales aspectos son, por su grado de detalle y (eventual) variabilidad, más propios de una Orden reglamentaria que de un Decreto del Consejo de Gobierno, si bien esto no supone en modo alguno una dificultad insalvable en el caso de que hubiera que proceder a una modificación del correspondiente Decreto.

Lo anterior implica que, en el supuesto del desarrollo reglamentario de los criterios para la formación del censo electoral de las Cámaras, previsto en el artículo 30 del Proyecto, deben sustituirse las actuales referencias a la Orden del Consejero por las del correspondiente Decreto del Consejo de Gobierno. En el mismo sentido debe precisarse el último inciso del proyectado artículo 6.2, en cuanto se remite al respectivo RRI y a lo que se determine por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en general), pues la habilitación al reglamento que en este punto se contiene en el previo artículo 8.2 LCCMU obliga hoy a que tal desarrollo reglamentario sea efectuado, por lo dicho, por el Consejo de Gobierno, y no por cualquier otro órgano.

2. Por lo que atañe a los condicionantes que se derivan de la propia LCCMU, éstos se refieren, en el aspecto que ahora se trata, a la necesidad de diferenciar con claridad qué determinaciones competen a la potestad reglamentaria de la Administración regional y cuáles a la potestad de autoorganización reglamentaria de las propias Cámaras, a través de sus respectivos RRI, cuya aprobación posterior por la Administración regional, en ejercicio de la potestad tutelar que tiene atribuida sobre estos entes por la LBCC y la LCCMU, es un estricto control de legalidad de tales reglamentos de orden interno.

En este sentido, de la lectura de la citada Ley estatal (con la interpretación que de la misma se ha hecho por órganos como el Consejo de Estado) y de la propia Ley regional, se desprende la idea de que, cuando estas leyes se refieren al desarrollo reglamentario, sin más, se están refiriendo a la auténtica potestad reglamentaria de la Administración pública, supuestos que son distintos a aquellos en que la determinación de un aspecto o materia se remite a la voluntad de la Cámara, a través de la referencia (normalmente expresa) a su RRI.

Este diferente alcance de la ordenación reglamentaria puede verse en los artículos 11.2 y 12.1 y 2 LCCMU. En el 11.2 se establece que *“el reglamento de régimen interior de cada una de las Cámaras determinará las funciones, el régimen jurídico, la organización y el funcionamiento de los órganos de gobierno de las mismas, con sujeción a los criterios básicos establecidos en la presente Ley y en sus normas de desarrollo”*; en el artículo 12.1, a) y b), se contienen habilitaciones reglamentarias a la Administración regional, y en el 12.2, al RRI de cada Cámara.

Además del supuesto general contenido en el transcrito artículo 11.2 de la Ley, ésta contempla otros casos específicos en que se remite o habilita a una u otra clase de reglamentación. En tales supuestos, ha de deslindarse el alcance de cada una de ellas, lo que a veces no resulta fácil, debiendo abordar en este punto los siguientes:

A) Especial análisis requiere, por su importancia, lo relativo a la elaboración del censo electoral, pues el artículo 22.1 LCCMU prevé su desarrollo reglamentario, mención que, como se dice, ha de entenderse referida a la potestad reglamentaria de la Administración regional, irrenunciable en este punto, como señalamos en el Dictamen 130/2003 con ocasión del análisis del artículo 8.1 LBCC, a la vista del entonces Anteproyecto de la LCCMU; esta circunstancia condiciona y limita el alcance de la habilitación al respectivo RRI que se contiene en el apartado 3 de dicho artículo básico. Así, los criterios que debe establecer reglamentariamente la Administración regional (hoy su Consejo de Gobierno, por lo antes señalado) para proceder a la clasificación de los electores de las Cámaras en grupos y categorías, podrán después ser pormenorizados y concretados por el correspondiente RRI en lo referente a la subdivisión de los electores en categorías. Es decir, que el margen de

operatividad de las Cámaras en este punto presupone la previa y suficiente normación reglamentaria de la Administración regional en estos aspectos, a partir de lo cual las Cámaras podrán completar los criterios y parámetros allí establecidos en el extremo indicado.

Es así, a partir de esta perspectiva de la operatividad entre las reglamentaciones de la Administración y de las Cámaras, como ha de interpretarse y dar sentido a lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Ley, que prevé que un determinado número de electores puedan promover la modificación del correspondiente RRI si consideran que los criterios establecidos en el mismo no responden a la realidad económica de la circunscripción territorial de la Cámara. En este sentido, habrá de entenderse que podrán promover la modificación de dicho RRI si se trata de alterar las determinaciones introducidas por la Cámara en el marco de operatividad que el RRI tenga en estos aspectos; pero si lo pretendido es alterar los criterios y parámetros establecidos en las normas reglamentarias de la Administración regional, habría que interesar de la misma la modificación de la correspondiente norma jurídica.

B) Considerando que la clasificación de electores que se haga en el correspondiente censo electoral tiene una directa influencia en la estructura del Pleno de cada Cámara (así lo confirma el proyectado artículo 9.2, c), al establecer que *“la distribución del Pleno en grupos y categorías se realizará con arreglo a la clasificación de los electores incluidos en el censo”*), lo razonado hasta ahora obliga a precisar el alcance y los términos del desarrollo reglamentario que se haga de las determinaciones a que se refiere el artículo 9 del Proyecto.

Así, el necesario desarrollo reglamentario de los criterios y magnitudes a los que de una forma genérica se refieren las letras a) y b) del número 2 de dicho artículo para determinar la clasificación de los electores de cada Cámara en grupos y, en su caso, categorías (esto es, la aportación económica por el recurso cameral permanente, el número de electores censados y el volumen o dimensión de las empresas), deberá ser efectuado por Decreto del Consejo de Gobierno y, en desarrollo del mismo, y en cuanto a la pormenorización última de los parámetros de clasificación de los electores en categorías, a lo que establezca el respectivo RRI. Por ello, sería conveniente añadir un número 3 a este artículo en el que así se expresara, para delimitar con mayor claridad el ámbito de operatividad de la potestad reglamentaria de la Administración y de los correspondientes RRI de las Cámaras en este punto, consiguiendo de este modo una interpretación armónica de lo establecido en los artículos 12.1, 18.3 y 22.1 y 3 LCCMU.

Asimismo, y en coherencia con lo anterior, en la letra a) del número 1 de este artículo 9 debería expresarse que el número y la clasificación de los vocales en el Pleno en secciones, ramas, grupos y categorías, en atención a la importancia económica relativa de los distintos sectores representados (en la demarcación territorial de la Cámara), se fijará de acuerdo con lo establecido en la Ley y en el desarrollo reglamentario a que se refiere el número 3 (cuya adición hemos propuesto) de este artículo, es decir, conforme con los criterios indicados anteriormente.

Por último, debe corregirse en este proyectado artículo 9.1 la mención al apartado 4 del artículo 12 de la Ley, pues la regulación de la composición del Pleno se realiza en el apartado 1 de dicho artículo 12, no en el 4. Asimismo si, como parece, el proyectado artículo 9.2 pretende dictarse en desarrollo del artículo 12.4 de la Ley, debería completarse con la expresión íntegra de dicho precepto legal, para indicar que *“la estructura y composición del Pleno se revisará y actualizará cada cuatro años, teniéndose en cuenta las variaciones*

producidas en la estructura económica de la demarcación de la misma (...), con arreglo a los criterios siguientes ...”.

II. Extralimitaciones del Proyecto respecto de la LBCC o la LCCMU.

–Artículo 6.

En el número 1 de este proyectado artículo, junto a las funciones que el artículo 8 LC-CMU atribuye a las Cámaras se prevén cualesquiera otras que les puedan ser atribuidas por la Administración regional. Este último inciso es improcedente, pues el citado artículo 8 establece de modo tasado las funciones públicas que, por atribución, corresponden a estos entes corporativos (aparte de sus funciones de índole privada en defensa de los intereses de sus miembros, se entiende). Tales funciones públicas son distintas de las que pueden recibir por vía de delegación o encomienda (a las que se refiere el artículo 8.3 de la Ley), pues estas últimas no son asignadas por atribución normativa (y, además, no son objeto del precepto que se comenta, sino del proyectado artículo 7).

En el número 2 de este artículo 6 se utiliza improcedentemente la conjunción disyuntiva “o”. Como se expuso en el epígrafe I, las remisiones que efectúa la LCCMU sobre su desarrollo reglamentario a favor de la potestad normativa de la Administración no permite que la misma renuncie a la regulación que le corresponde, sin perjuicio de que el reglamento posibilite luego una ulterior pormenorización de su ordenación por parte de los respectivos RRI, operación que las Cámaras podrán desplegar en razón, esencialmente, de sus facultades de autoorganización. En lo que se refiere a las funciones objeto del precepto comentado (las consignadas, a su vez, en el artículo 8.2 de la Ley), este último dispone que las mismas se atribuyen a las Cámaras “*con la forma, contenido y procedimiento que reglamentariamente se desarrolle*”, lo que obliga necesariamente a la regulación de estos extremos por la Administración regional y no, indistintamente, como pretende el Proyecto, a que ello sea efectuado por ésta o por los RRI de las Cámaras. Debe, pues, acomodarse la redacción a lo expresado anteriormente.

–Artículo 19.4.

El precepto se refiere genéricamente a la “*Consejería*” competente en materia de Cámaras, cuando el artículo 15.2 LCCMU se refiere específicamente a la “*Dirección General*” competente en la materia, mención que debe reflejar el Proyecto en este punto.

–Artículo 23.3.

La determinación (genérica) de que contra la resolución (en rigor, el acuerdo) del Pleno, relativo al cese del Secretario General de la Cámara, podrá interponerse recurso ante el Consejero competente en materia de Cámaras, no contempla el hecho de que el artículo 7.2, segundo párrafo, LBCC establece que todo el personal al servicio de las Cámaras (entre el que está su Secretario General) quedará sujeto al Derecho laboral. Esta determinación debe ser entendida conjuntamente con los requisitos de índole público-administrativa que se establecen en el primer párrafo de dicho artículo 7.2 (que el cese se acuerde, en su caso, por el Pleno, por acuerdo motivado adoptado por la mayoría simple de sus miembros), lo que implica que la impugnación de tal acuerdo deba regirse por el conocido criterio de los actos separables: es decir, que cuando la impugnación se funde en la infracción de los reseñados requisitos, al ser éstos de orden o naturaleza pública, procederá su revisión en vía administrativa (aquí, mediante recurso ante el órgano administrativo tutelante); por el contrario, si la impugnación no se basa en tales infracciones, la extinción de la relación laboral de alta

dirección (art. 7.2 citado) que, a virtud del mencionado cese, hubiera acordado la Cámara, habrá de ser impugnada, en su caso, ante la jurisdicción laboral competente. Por ello, en el proyectado artículo 23.3 debería precisarse tal cuestión, añadiendo: “...*Industria y Navegación cuando se funde en la infracción de los requisitos establecidos en el apartado anterior. En otro caso, deberá acudir, en su caso, a la jurisdicción laboral*”, o fórmula similar.

Además, si se pretende consignar aquí el precepto legal en que se fundarían tales determinaciones reglamentarias, deberá citarse el artículo 45, números 1 y 3 LCCMU, y no el 43.3 que ahora se consigna, en cuanto aquellos preceptos se refieren, por un lado, a la tutela administrativa en la actuación de las Cámaras para las materias de naturaleza público-administrativa (en la que se enmarcarían las exigencias procedimentales y de competencia antes reseñadas) y, por otro, a los aspectos de Derecho Privado de la actuación de dichas Cámaras.

–Artículo 24, e).

Conforme se desprende de la STS de 20 de marzo de 1996, uno de los principios básicos en el funcionamiento de las Cámaras es el de representatividad, “*ya que al ser organizaciones profesionales que contribuyen a la defensa de los intereses económicos que le son propios, sus órganos de gobierno son elegidos por los miembros de la Corporación, y es a estos órganos a los que únicamente les corresponde el desarrollo de las competencias camerales*”, añadiendo que no es procedente que un órgano que no es de gobierno, como es el Secretario General, pueda ejercer, siquiera por delegación, funciones de gobierno, sino limitarse a las propias de su cargo, en todo caso meramente ejecutivas. Si se tienen en cuenta las esenciales funciones atribuidas por el Proyecto al Pleno y al Comité Ejecutivo, y se considera que es el Presidente de la Cámara el que tiene la representación de la misma (artículo 16.1), no es posible admitir que puedan delegarse tales funciones en dicho Secretario General, sin perjuicio de que, entre las funciones propias del mismo, esté la de “*gestionar*” la realización de los acuerdos de la Cámara (artículo 16.3 LCCMU), que es algo distinto a recibir por delegación las funciones de sus órganos de gobierno. Y ello ha de entenderse también sin perjuicio de que, conforme al citado precepto legal, el Presidente le pueda conferir su representación en actuaciones meramente ejecutivas, que es, por otra parte, y conforme con el criterio de la citada sentencia, el alcance objetivo que ha de darse al último inciso de dicho precepto legal. En este mismo sentido, pues, ha de considerarse que las funciones de gobierno no atribuidas específicamente a otro órgano de gobierno habrán de entenderse conferidas al Comité Ejecutivo, como así confirma la atribución funcional “de cierre” a favor de dicho órgano de gobierno de la Cámara que, acertadamente, se establece en el proyectado artículo 14.1.r), y sólo serán delegables en el Presidente (y sí así lo estableciese el respectivo RRI).

Por todo ello, debería suprimirse del proyectado artículo 24, e) la referencia a la delegación de funciones que ahora contiene.

–Artículo 26.

Como se apuntó en un epígrafe anterior con ocasión del comentario al artículo 11.2 LCCMU, esta Ley y las normas reglamentarias de la Administración han de establecer los “*criterios básicos*” de la organización de las Cámaras, dejando a los respectivos RRI el resto de determinaciones organizativas, en aras a preservar su ámbito de autonomía en este punto. En este sentido, no resulta básica en modo alguno la previsión (aun a mero título de habilitación) de ningún cargo o puesto en las Cámaras que no sean los previstos en la LC-

CMU, y menos aún la regulación del nombramiento del titular, si el cargo fuera creado por la Cámara. Debe suprimirse el artículo comentado, que se refiere a un eventual Secretario Adjunto o Vicesecretario.

–Artículo 29.1, b).

La exigencia, para ser candidato a formar parte de los órganos de gobierno de la Cámara, de llevar dos años de ejercicio empresarial en la demarcación territorial de la Cámara a cuya elecciones se concurra, vulnera lo establecido en el artículo 21.1 LCCMU, que sólo exige que dicho ejercicio se lleve a cabo en tal período en el territorio español o de un Estado miembro de la Unión Europea (“*en los territorios citados...*”), al igual que el artículo 8.3 LBCC, por lo que el precepto comentado debe ajustarse al tenor legal.

–Artículos 32.3 y 35.4, b), 5 y 6.

Los citados preceptos del proyectado artículo 35 prevén que la Junta Electoral resuelva “*recursos*”, además de quejas y reclamaciones. Sin embargo, el artículo 31 LCCMU no parece permitir tal posibilidad, pues dispone que contra los acuerdos de la Junta resolviendo las “*reclamaciones*” (en sentido propio), cabrá recurso de alzada ante el Consejero competente. Por ello, debe suprimirse en tales preceptos la referencia a los recursos.

Además, en coherencia con lo previsto en el citado precepto legal, el concreto órgano que debe resolver el recurso, en el supuesto previsto en el proyectado artículo 32.3, debe ser precisamente el Consejero, debiendo modificarse en este sentido el tenor de dicho precepto.

–Artículo 36.2.

La exigencia de que las candidaturas para ser miembro del Pleno de la Cámara deban ser avaladas por un mínimo de electores carece de la necesaria cobertura legal. Se trata de un requisito limitativo del derecho de sufragio pasivo que no tiene amparo en la LBCC ni en la LCCMU, sino que se añade sin más a los allí establecidos. (En análogo sentido el Dictamen 91/97, de 10 de julio, del Consejo Consultivo andaluz, sobre un Proyecto de reglamento electoral de las Cámaras andaluzas). Por ello, este precepto debe ser suprimido.

–Artículo 52, a) y b).

La atribución al Consejo de Cámaras de las funciones de asesoramiento y propuesta a las Corporaciones Locales de la Región, prevista en estos preceptos, carece de la necesaria cobertura legal, si se examina el tenor del artículo 37 LCCMU, que establece el haz funcional del Consejo. Ello ha de entenderse sin perjuicio de las competencias que en este punto atribuye a las Cámaras, pero individualmente consideradas, el artículo 8 LCCMU, sobre las cuales el Consejo podría desempeñar una función de canalización y coordinación, conforme con lo previsto para este órgano en el número 2 de tal artículo 37.

QUINTA.- Otras observaciones al Proyecto.

I. Para la mejora técnica del Proyecto dictaminado, deberían introducirse en el mismo las modificaciones o precisiones complementarias que seguidamente se indican.

–Artículo 11.1, i) y 2.

En el proyectado artículo 11.1, i), y conforme con lo dispuesto en el artículo 12.6, e) LCCMU, debería añadirse la función de nombramiento y cese de los miembros de las Delegaciones Territoriales de la Cámara a que se refiere el precepto.

En el artículo 11.2, es incompleta la referencia a los artículos 8 de la Ley y 50 del Proyecto, en tanto que lo dispuesto en la letra e) del apartado 1 de dicho artículo 11, es decir, la necesidad de previa autorización de la Administración tutelante para que la Cámara realice determinados actos, abarcaría la celebración de todo tipo de contratos, siendo así que los preceptos (legal y reglamentario) a que se remite el artículo analizado se refieren sólo a actos sobre inmuebles y valores mobiliarios (no a todo bien mueble). No obstante, el Proyecto puede ampliar los actos camerales necesitados de autorización previa de la Administración regional, en ejercicio de la habilitación que a tal efecto se contiene el artículo 43.3, b), “*in fine*” LCCMU. Por ello, en el proyectado artículo 11.2 debería añadirse la mención a dicho artículo 43.3, b) LCCMU, así como sustituir la referencia al artículo 50 del Proyecto por la más directa del artículo 34.5 de dicha Ley (esto es, y en definitiva, citar los artículos 8, 34.5 y 43.3, b) de la misma).

–Artículo 14.1, f) y s) y 2.

En la letra f), corregir: “*la Cámara*”; en la letra s), corregir: “*por su Reglamento de Régimen Interior*”.

Respecto del apartado 2, debe reiterarse aquí lo dicho anteriormente para el proyectado artículo 11.2, ahora en relación con la función recogida en la letra h) de este proyectado artículo 14.1.

–Artículo 20.

Es incorrecta la referencia a los apartados 4 y 5 del artículo 15 de la LCCMU, pues lo dispuesto en estos preceptos legales se encuentra reflejado en el proyectado artículo 21, específicamente dedicado a la provisión de vacantes en el Pleno y en el Comité Ejecutivo. Por ello, deberían suprimirse tales referencias.

–Artículos 31, 32 y 33.

Por regular los artículos 31 y 32 aspectos y situaciones propias del procedimiento electoral, su sede adecuada sería la Sección 3ª, dedicada precisamente a esta materia; en concreto, deberían ubicarse tras el actual artículo 33, del que entonces habría que suprimir su número 2, actualmente redundante sobre lo dispuesto en los referidos artículos.

–Artículo 34.1 y 3, a).

Conforme con lo anterior, el apartado 1 de este artículo debería corregirse, para disponer: “*Transcurrido el plazo para formular reclamaciones al censo electoral y resueltas las presentadas y, en su caso, los recursos de alzada interpuestos contra la desestimación de aquéllas, la Consejería competente (...) convocará las elecciones...*”, o fórmula similar.

En el número 3, a), debería precisarse: “*El número de Mesas Electorales que deberán formarse para la realización de las votaciones en cada Colegio Electoral, sin perjuicio de lo que pudiera establecerse, en su caso, conforme con lo previsto en el artículo 35.4, c) –o el número que procediera– siguiente*”, o fórmula similar.

–Artículo 35. 2, a).

En el apartado 2, a), debería precisarse: “*Tres representantes de los electores de las Cámaras, uno por cada una de las tres Cámaras existentes en la Región de Murcia, elegidos por sorteo...*”, o expresión similar.

–Artículo 36.4.

Parece necesario añadir en este precepto que, en el caso de que el candidato sea una persona jurídica, se exigirá, además, el correspondiente acuerdo del órgano social competente, visado por su Presidente y Secretario (en su caso), en el que se designe a la persona física que la represente como candidata en las elecciones.

–Artículo 45.1, a) y c), 2. 3º y 5º y 3.

En el apartado 1, a), debe completarse: “*Dentro de los siete días siguientes a la proclamación de los vocales electos del Pleno o, en su caso, a la resolución por la Junta Electoral de las reclamaciones que se hubieran presentado contra el acuerdo de proclamación de dichos vocales, el Secretario General...*”, o fórmula similar.

En la letra c) de dicho apartado 1, debe completarse conforme con lo previsto en el artículo 15.1, c) LCCMU. Así: “*Si la resolución declarase la nulidad de su nombramiento, una vez sea firme se proveerá la vacante con arreglo...*”.

En el número 2, 3º de este artículo, debe suprimirse la palabra “*numéricamente*”, por redundante. En el punto 5º, corregir: “*la Mesa remitirá...*”.

En el número 3 del artículo comentado, corregir: “*en la Orden de Convocatoria...*”.

–Artículo 47.1.

Debe concretarse en qué casos procederá la designación de una Comisión Gestora.

–Artículo 57.1.

No se justifica por qué en el caso aquí regulado, relativo a la designación del Secretario General del Consejo de Cámaras, no se establece, como en el supuesto previsto en el proyectado artículo 52, f), que tal designación requerirá en todo caso el voto favorable de la mayoría de las Cámaras representadas en el Consejo.

–Artículo 59.1.

Resulta notablemente escaso el plazo de diez días hábiles establecido para la ratificación por las respectivas Cámaras del presupuesto aprobado por el Consejo de Cámaras, especialmente si los RRI de alguna de las Cámaras atribuyen tal facultad de ratificación a su Pleno, lo que obligaría a convocarlo con urgencia. Parece conveniente establecer un plazo más amplio, dado que la ausencia de oposición en plazo a dicho presupuesto por las Cámaras comportará su aprobación tácita, según el proyectado número 2 de este artículo.

II. Como observaciones de exclusivo carácter gramatical, ortográfico o de estilo, se realizan las siguientes:

–Exposición de Motivos.

Con carácter general, debe revisarse el empleo de los signos de puntuación, en especial el de las comas, en cuanto se advierten algunas omisiones indebidas.

Siguiendo la sistemática de los párrafos que le preceden, a su penúltimo párrafo debería asignársele el número 4.

En el mismo párrafo indicado, corregir: “*más que...*”.

–Artículo 24, a).

Corregir: “*aquellos...*”.

–Artículo 38.4, 5 y 6.

En la primera frase del apartado 4 y en su letra b), corregir y completar, respectivamente: “*Grupo y Categoría, en su caso...*”.

En el apartado 5, simplificar: “*dentro del sobre al que se refiere la letra c) anterior. Una vez cerrado, introducirá este primer sobre (...) en el sobre a que se refiere la letra a) anterior, y lo remitirá por correo...*”.

En el número 6, corregir: “*no le será admitido el voto*”.

–Artículo 41.7.

En el último inciso, corregir: “*que el Presidente de la Mesa requiera*”.

–Artículo 42.1.

Corregir: “*y que el elector se halla inscrito...*”.

–Artículo 45.3.

Corregir: “*circunstancia...*”.

–Artículo 55.3.

Corregir: “*y en el apartado f)...*”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Cuarta, I y II, respecto de los artículos 6; 9; 19.4; 23.3; 24, e); 26; 29.1, b); 30; 32.3; 35.4, b), 5 y 6; 36.2 y 52, a) y b). Las observaciones sobre dichos preceptos allí expresadas tienen carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 61. 3 del Decreto 15/98, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Para la mejora técnica del Proyecto, en el mismo deberían introducirse las modificaciones o precisiones indicadas en la Consideración Quinta de este Dictamen en relación con su Exposición de Motivos y artículos 11.1, i) y 2; 14.1, f) y s) y 2; 20; 24, a); 31 a 33; 34.1 y 3, a); 35.2, a); 36.4; 38.4, 5 y 6; 41.7; 42.1; 45.1, a) y c), 2. 3º y 5º y 3; 47.1; 55.3; 57.1 y 59.1.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 65/07.- Proyecto de Decreto por el que se regulan las Agencias de Viaje y Centrales de Reserva de la Región de Murcia.**Consultante: Consejero de Turismo, Comercio y Consumo (2004)****Fecha: 14/05/07****Extracto de Doctrina**

En anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico (por todos, el 96/2005) emitidos a solicitud de la Consejería ahora consultante, se ha tenido ocasión de exponer “in extenso” la doctrina constitucional acerca de los límites que, para las competencias de titularidad autonómica de turismo, comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios, supone la atribución constitucional de competencia exclusiva en materia de legislación civil y mercantil a favor del Estado. No parece necesario reiterar aquí lo dicho en los referidos Dictámenes, en el entendimiento de que su doctrina es perfectamente conocida por la Consejería consultante, pero sí será útil recordar, en síntesis, cuáles son los criterios delimitadores de la competencia autonómica, en orden a evitar invadir el ámbito estrictamente civil y mercantil que le es ajeno:

1º. Carácter administrativo de las medidas. La regulación debe mantenerse en el ámbito de la relación jurídico pública que une a la Administración con el administrado. Ello permitirá fijar condiciones y requisitos a la actividad mercantil cuando éstos y aquéllas constituyan un presupuesto para la concesión de licencias y autorizaciones administrativas.

2º. No afectación de la relación contractual “inter privados”, mediante el establecimiento de condiciones que incidan sobre el contenido de los contratos, fijando condiciones generales de la contratación o modalidades de contratos, delimitando su contenido típico, generando nuevos derechos u obligaciones para las partes, estableciendo la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados.

3º. Las medidas administrativas deben ser acordes a la finalidad perseguida, fundamentalmente la protección del consumidor o usuario, y deben respetar un principio de proporcionalidad con dicha finalidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En diciembre de 2005, la Dirección General de Infraestructuras de Turismo elabora un primer borrador de “Decreto regulador de agencias de viaje, centrales de reservas y organizadores profesionales de congresos”, que es remitido a la Secretaría General de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo acompañado de la siguiente documentación:

- Propuesta del Director General de Infraestructuras de Turismo al Secretario General de la Consejería, para la tramitación del Proyecto; y al Consejero, para su sometimiento al Consejo de Gobierno en orden a su aprobación como Decreto.
- Informe de valoración del impacto por razón de género.

- Informe jurídico elaborado por el Servicio de Ordenación e Inspección de Turismo. En el mismo, además de diversas consideraciones de corte competencial y procedimental, se señalan los preceptos de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia (en adelante, LT) que se pretenden desarrollar con el futuro Decreto y se indica como argumentos justificativos de la oportunidad y necesidad de su aprobación, los siguientes: a) la pervivencia de un reglamento regional regulador de las agencias de viaje, aprobado por Decreto 115/1987, de 24 de diciembre, y anterior en consecuencia a la referida LT, por el que se aprueba el Reglamento de aquéllas; b) la entrada en vigor de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (en adelante LVC); y c) la prestación de servicios a través de la sociedad de la información.

En cuanto a su objeto, el informe indica que el Proyecto persigue regular en su totalidad, desde la perspectiva turística, la actividad de las agencias de viajes y de las centrales de reservas, y el procedimiento de autorización.

- Informe de necesidad y oportunidad, que reitera los argumentos expuestos en el precitado informe jurídico.
- Memoria económica, que considera que la entrada en vigor del futuro Decreto no comportará gasto alguno con cargo a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma.
- Remisión del borrador a los siguientes órganos, organismos y entidades: Dirección General de Administración Local; Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes; Consejería de Educación y Cultura; Consejería de Trabajo y Política Social; Consejería de Economía y Hacienda; Consejería de Agricultura y Agua; Consejería de Presidencia; Consejería de Sanidad; Consejería de Industria y Medio Ambiente; Escuela Universitaria de Turismo de la Universidad de Murcia; Federación de Municipios de la Región de Murcia; Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia; Asociación Mediterránea de Organizadores Profesionales de Congresos (OPCs); y Asociación Murciana de agencias de viaje.

SEGUNDO.- Remiten informe las siguientes Consejerías, órganos y entidades: las Consejerías de Agricultura y Agua; Educación y Cultura; Sanidad; y Presidencia; las Direcciones Generales de Administración Local, la de Infraestructuras de Turismo, y la de Innovación Tecnológica y Sociedad de la Información; la Escuela Universitaria de Turismo de Murcia; la Asociación Mediterránea de OPCs y la Asociación de agencias de viajes de la Región de Murcia.

TERCERO.- Consta en el expediente informe valorativo acerca de las observaciones presentadas y las razones que mueven a la Dirección General proponente a su aceptación o rechazo.

CUARTO.- Sometido el Proyecto al Consejo Asesor Regional de Turismo, éste lo informa favorablemente en sesión de 15 de junio de 2006, si bien sugiere convertirlo en dos Decretos diferentes, separando la regulación de las agencias de viaje y Centrales de Reservas, por un lado, y la de los Organizadores Profesionales de Congresos, por otro.

QUINTO.- El 13 de julio, el Proyecto de Decreto regulador de las agencias de viaje y Centrales de Reserva es informado favorablemente por la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos del Consejo Asesor Regional de Consumo,

según consta en el expediente mediante certificado expedido por la Secretaria del órgano consultivo. En él se precisa que la referida comisión tiene delegada por el Consejo “la capacidad decisoria para los asuntos relativos a informes de Proyectos Normativos de la Administración no procedentes de la Dirección General de Consumo y Elaboración de Códigos de Autorregulación, cuando los acuerdos sean adoptados por unanimidad de los miembros de la Comisión”.

SEXTO.- Como consecuencia de las observaciones aceptadas, se elabora un segundo borrador, que ya no contiene la regulación de los Organizadores Profesionales de Congresos.

SÉPTIMO.- Este segundo borrador es sometido al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, cuyo Dictamen de 27 de noviembre de 2006 concluye que:

“El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente el Proyecto de Decreto regulador de las agencias de viaje y Centrales de Reserva. Considera el Consejo que su regulación es más completa que la actual al ordenar la actividad de entidades que operan con medios de comercialización no previstos por el Decreto 115/1987 como son las centrales de reserva y la intermediación a través de la sociedad de la información. Además, es más flexible y alentador de la competencia al proponer un concepto empresarial menos restrictivo para la constitución de una agencia de viajes o central de reserva, y eliminar el capital social mínimo exigido actualmente. A su vez, es más simple el procedimiento para la concesión de la autorización del título-licencia que permite el inicio de la actividad. E introduce mejoras técnicas derivadas de la experiencia de aplicación del Decreto 115/1987 al clarificar aspectos dudosos de la regulación actual”.

Asimismo, efectúa diversas sugerencias de mejora que, sin embargo, no consta que hayan sido aceptadas por la Dirección General impulsora del Proyecto, sin que tengan reflejo en el expediente las razones de dicho rechazo.

OCTAVO.- Con fecha 27 de septiembre de 2006, el Servicio Jurídico de la Consejería proponente informa el Proyecto, formulando diversas observaciones en materia de técnica normativa, procedimiento y contenido, que no consta que hayan sido valoradas a efectos de su rechazo o admisión y que, en su mayoría, no han sido incorporadas al Proyecto.

NOVENO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos se emite en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan diversas observaciones que sólo parcialmente serán tomadas en consideración e incorporadas al texto de la futura disposición, conforme a la valoración que de las mismas consta en “diligencia” (sic) incorporada al expediente.

DÉCIMO.- El 5 de febrero de 2007, el Vicesecretario de la Consejería proponente emite informe favorable al Proyecto.

Consta en el expediente un texto, denominado borrador definitivo, diligenciado con la firma del Secretario General de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo.

El texto se compone de una Exposición de motivos, 32 artículos, divididos en cuatro Títulos (“Disposiciones Generales”; “De las agencias de viajes”; “De las Centrales de Reservas”; y “Desarrollo de la Actividad sin Título-Licencia”), dos disposiciones transitorias, una derogatoria, dos finales y un anexo.

Con posterioridad se incorpora al expediente una comunicación interior dirigida por el Director General de Infraestructuras de Turismo al Secretario General de la Consejería, mediante la que se *“remite redacción del texto que deberá de incluirse como nuevo artículo así como una nueva Disposición Transitoria”*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remite el expediente en petición de consulta, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de febrero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), pues se trata de un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional, la LT.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) De conformidad con la citada norma, en la fase inicial de elaboración, el Anteproyecto de la disposición debe venir acompañado de diversa documentación justificativa, entre las que destacan la exposición de motivos y la memoria de oportunidad. La primera sólo se ha incorporado al expediente tras las observaciones y advertencias reiteradas por los sucesivos órganos preinformantes.

Respecto de la segunda, si bien formalmente consta en el expediente un denominado informe de necesidad y oportunidad, carece del contenido prescrito por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, para considerar que cumple la finalidad a la que se destina. En efecto, de acuerdo con el referido precepto, la memoria justificativa de la oportunidad de la disposición debe incluir la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, lo que no hace, pues la justificación que contiene el documento es absolutamente genérica, sin que alumbré acerca de las razones que aconsejan la adopción de las específicas medidas normativas contenidas en el Proyecto.

b) La denominada “memoria económica” se limita a efectuar una declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico, el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de

la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

c) Si bien las observaciones aportadas por los órganos y entidades participantes a lo largo de la tramitación del Proyecto han sido objeto de valoración por parte del centro directivo impulsor del texto, indicando las razones por las cuales se incorporaban al mismo o eran rechazadas, no se ha actuado así respecto de las formuladas por el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia y por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente.

d) Existe una cierta confusión acerca del texto que debe constituir el objeto de la consulta, atendidas las siguientes circunstancias:

- Si bien consta en el expediente un texto titulado como “borrador definitivo”, la diligencia con la que el Secretario General de la Consejería consultante debería autorizar el texto con tal carácter último se refiere expresamente a otro proyecto normativo, el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- La propuesta formulada por la Dirección General de Infraestructuras de Turismo, en cuya virtud se incorporarían al texto dos nuevos preceptos, también dificulta la consideración de aquel borrador como definitivo, y no sólo porque la mera existencia de esta propuesta contradice tal carácter, sino porque al omitir el número del nuevo artículo y de la disposición transitoria, impide conocer qué ubicación les corresponde en el texto para su más correcta inserción, con la correspondiente reenumeración del resto de artículos. Además, estos dos nuevos preceptos no han sido expresamente autorizados por el Secretario General ni por el Consejero.
- Estos inconvenientes podrían haber sido subsanados de constar en el expediente la necesaria propuesta del Consejero de Turismo, Comercio y Consumo al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto, de la cual, sin embargo, carece.

e) Si bien se remitió el Proyecto de Decreto a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, no consta que se hiciera lo propio con las otras dos Cámaras existentes en la Región, las cuales, en su respectivo ámbito territorial, ostentan la representación de los intereses generales del comercio, la industria y, en el caso de la de Cartagena, la navegación, así como la competencia para informar los proyectos de normas emanadas de las Comunidades Autónomas que incidan sobre tales intereses, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 8.2, letra s) de la Ley 9/2003, de 23 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia. Por tanto, no cabe considerar cubierto el trámite de la participación de las Cámaras mediante la remisión del texto tan sólo a una de ellas, si bien la existencia de un representante de las Cámaras (de todas ellas) en el Consejo Económico y Social, órgano al que fue sometido el Proyecto, permite matizar la trascendencia de la omisión advertida.

TERCERA.- Técnica normativa.

1. Como han puesto de manifiesto diversos órganos preinformantes, es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias

preceptos que son reproducción de la Ley que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen n.º. 23/98). Se hace esta consideración al advertir que todavía existen preceptos que vuelcan previsiones legales sin efectuar advertencia expresa de su origen, como ocurre con los párrafos segundo y cuarto del artículo 2.1 del Proyecto.

2. No debería abandonarse en la parte final del Proyecto la correcta técnica consistente en epigrafiar o intitular cada precepto.

3. De conformidad con las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el ámbito de la Región de Murcia ante la ausencia de normativa propia, cuando hayan de dividirse los apartados de un artículo, se numerarán las divisiones con ordinales arábigos, lo que no se ha seguido en las divisiones del artículo 9.2.

CUARTA.- Habilitación legal y competencia.

1. El artículo 10.Uno.16 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de “promoción, fomento y ordenación del turismo en su ámbito territorial”. Los aspectos promocionales y de fomento no son desarrollados en el Proyecto de Decreto sometido a consulta, que centra su regulación en la ordenación de dos específicas modalidades de empresas turísticas: las agencias de viajes y las centrales de reservas, reguladas en los artículos 8.1, letra c) y 36 LT, las primeras, y 8.1, letra d), en relación con el 37, letra a) de la misma Ley, las segundas.

El artículo 8.1, letra c) otorga la consideración de empresa turística a las agencias de viajes, que son definidas en el artículo 36.1 como empresas que, estando en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos.

Las centrales de reserva, por su parte, si bien no son mencionadas de manera expresa en el artículo 8.1, letra d), sí que pueden ser incardinadas en el concepto de empresas que desarrollen actividades turísticas complementarias, pues el artículo 37, letra a) LT, destinado a la regulación de dicho tipo de empresas turísticas, las incluye en un conglomerado que describe como “agrupaciones de empresas turísticas que tengan por objeto la comercialización común de ofertas turísticas, la centralización de reservas o, en general, la consecución de la mejora en la prestación de sus servicios”. El artículo 38, por su parte, dispone que estas empresas vendrán obligadas a solicitar su inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas, conforme al procedimiento y con el contenido que reglamentariamente se determine.

Del mismo modo, es posible rastrear en el Proyecto otros títulos competenciales que, aun siendo menos evidentes, no por ello dejan de estar presentes. Es el supuesto de la defensa de los consumidores y usuarios, materia sobre la que el artículo 11.7 EAMU atribuye a la Comunidad Autónoma competencia de desarrollo legislativo y ejecución, y cuyo ejercicio cabe advertir en las previsiones del Proyecto relativas a la garantía que, para los usuarios turísticos, constituye el elenco de obligaciones que se impone a las empresas en relación a sus clientes, en materia de información, reclamaciones, facturas y documentación, etc.

De conformidad con la parte expositiva del Proyecto, la tercera competencia que se ejercita al dictarlo es la de comercio interior, atribuida a la Comunidad Autónoma como competencia exclusiva por el artículo 10.Uno, 34 EAMU. La presencia de este título competencial se encuentra inextricablemente unida a la regulación de relaciones mercantiles, como son las que surgen entre las empresas objeto del Proyecto y sus clientes, los denominados usuarios turísticos.

Cabe considerar, por tanto, que la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para regular las empresas turísticas que constituyen el objeto del Proyecto, en la medida en que constituye una manifestación de la potestad de ordenación turística de que viene investida por el artículo 10.Uno, 16 EAMU, complementada con el ejercicio de sus competencias en materia de defensa de consumidores y usuarios y de comercio interior.

2. Al margen de la genérica habilitación de desarrollo normativo contenida en la Disposición Final LT, hay llamadas concretas al ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo regional en los artículos 8.1, letra d) y 38 LT, en relación con las centrales de reservas; y en el artículo 10.1 LT, para la determinación del procedimiento de otorgamiento de autorización o título-licencia.

QUINTA.- Consideraciones generales.

1. De la caracterización de las “empresas de organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos”: agencias de viajes y centrales de reservas.

El artículo 2 del Proyecto, bajo la denominación común de “empresas de organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos”, define ambos tipos de empresas turísticas introduciendo variaciones respecto del concepto que de ellas ofrece la LT.

Al margen de los riesgos interpretativos que conlleva la reiteración en las normas reglamentarias de preceptos propios de la Ley desarrollada, y que ya han sido sobradamente expuestos en Consideraciones precedentes de este Dictamen, la alteración de la redacción legal con ocasión de su desarrollo reglamentario puede ocasionar verdaderas infracciones de la jerarquía normativa. Así ocurre cuando, al dictar disposiciones reglamentarias, se prescinde de su papel de complemento indispensable respecto de la regulación legal, olvidando que el reglamento ejecutivo encuentra a un tiempo su razón de ser y los límites de su ámbito regulador en el dictado de las normas necesarias para una más adecuada y completa aplicación de aquélla, posibilitando su mayor eficacia y el cumplimiento de los fines y objetivos que la justifican. Precisamente por ello, el reglamento se encuentra plenamente subordinado a la Ley, a la que complementa sin apartarse de lo establecido en ella. Desde esta perspectiva procede efectuar las siguientes consideraciones:

A) No es admisible la caracterización de las centrales de reservas como personas físicas, como propone el artículo 2.2, toda vez que el artículo 37, letra a) LT las identifica como “agrupaciones de empresas turísticas”, carácter grupal que excluye una personificación física. El concepto legal de las centrales de reservas, por tanto, responde a la puesta en común por parte de diversas empresas turísticas de los servicios de intermediación en la venta de billetes y reservas de plazas en medios de transporte y en alojamientos turísticos –artículo 26 en relación con los artículos 6.1, letras a) y b), del Proyecto–, siendo un presupuesto necesario para la constitución de una central de reservas la preexistencia de otras empresas turísticas que se agrupan en la referida central, excluyendo así la posibilidad de una personificación física.

A diferencia de las centrales de reservas, las agencias de viajes son calificadas en la LT como “empresas”, lo que no presupone una determinada personificación, física o jurídica, siendo ambas admisibles. De hecho, la interpretación conjunta de la Disposición Adicional segunda LVC, con su artículo 2, apartados 2 y 3, obliga a concluir que las agencias de viajes pueden ser tanto personas físicas como jurídicas. Ahora bien, tal conclusión no es trasladable a las centrales de reservas, sobre las que la referida Ley guarda silencio.

Del mismo modo, y por las razones expuestas, tampoco pueden las Administraciones Públicas constituir centrales de reservas, como prevé el artículo 27.3 del Proyecto, salvo que lo hagan a través de la previa creación de empresas turísticas que, posteriormente, se agrupen.

La comparación de la redacción del Proyecto con la normativa de otras Comunidades Autónomas descubre una gran semejanza con el Decreto andaluz 301/2002, de 17 de diciembre, de agencias de viajes y Centrales de Reservas, de donde toma la definición de este último tipo de empresas y buena parte de su régimen reglamentario, si bien la Ley desarrollada, a diferencia de la nuestra, no les impone la forma de agrupación de empresas.

Procede, en consecuencia, tanto la supresión del referido apartado 27.3 (idéntico al 30.3 del Decreto andaluz), como la adecuación del concepto de central de reservas a lo establecido en la Ley objeto de desarrollo.

B) Los taxativos términos en que se expresa el párrafo primero del artículo 2, al indicar que las empresas de organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos se clasifican en agencias de viajes y centrales de reservas, parecen excluir de tal calificación a los organizadores profesionales de congresos, aun cuando los primeros borradores del Proyecto los incluían en dicha tipología. La opción normativa de segregar la regulación de los organizadores profesionales de congresos en un Decreto diferente, cuya valoración realizará el Consejo Jurídico en el Dictamen correspondiente al mismo, no puede hacer olvidar la verdadera naturaleza de estas empresas, a las que el propio Proyecto objeto del presente Dictamen, ahora en su artículo 3.1, incluye entre aquellas que se dedican a la organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos.

En consecuencia, el artículo 2 del Proyecto resulta incompleto al omitir la mención de los organizadores profesionales de congresos entre las empresas de organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos, cualidad ésta que igualmente podría llegar a ser predicable de otros tipos de empresas, también contemplados en el artículo 37 LT, como las agrupaciones de empresas turísticas que persiguen la comercialización común de ofertas turísticas (apartado a, primer inciso) y en el artículo 8, letra c) de la misma Ley: los operadores turísticos, figura sobre cuyo concepto y régimen jurídico guarda silencio la referida Ley.

En orden a superar dicha situación procedería, bien sustituir la redacción del primer párrafo del artículo 2 para eliminar su carácter taxativo en la enumeración de las empresas de organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos, bien, y esta es la opción preferible a juicio de este Órgano Consultivo, suprimir todo el párrafo. De esta forma se evitaría la introducción de una calificación de las empresas turísticas que carece de correspondencia legal y que, como se ha visto, no está exenta de problemas, entre los cuales destacan la ausencia en la Ley de una definición de “organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos”, y la indeterminación del régimen legal de diver-

sas clases de empresas turísticas, cuya actividad podría ser incardinable en una acepción general de tales términos.

Una vez más sigue el Proyecto la normativa andaluza, si bien ha de advertirse que la Ley de Turismo de Andalucía (Ley 12/1999, de 15 de diciembre), sí clasifica a las empresas turísticas en diferentes tipos, entre los cuales se encuentra el de “*empresas de mediación turística*”, tipología que expresamente engloba a las agencias de viaje, las centrales de reserva y aquellas otras que se determinen reglamentariamente.

2. De la regulación de la organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos a través de la sociedad de la información.

El Título I, Capítulo II, traslada al Proyecto la normativa contenida en el mismo Título y Capítulo del Decreto andaluz, de la cual es copia prácticamente literal.

A) De su ubicación sistemática.

De conformidad con el artículo 3.1 del Proyecto existe una reserva de actividad para la realización de las actividades de organización, mediación y comercialización de servicios turísticos a través de la sociedad de la información, a favor de las agencias de viajes, las centrales de reservas y, en su caso, los organizadores profesionales de congresos. Al margen de la absoluta imprecisión de la expresión “en su caso” –que debería llevar al órgano proponente bien a aclarar su significado en la norma, mediante la determinación del supuesto de hecho a que se refiere, bien a suprimirlo–, lo cierto es que se extiende la regulación de este Capítulo a empresas distintas de las que constituyen el objeto del Decreto sometido a consulta.

Esta circunstancia denota una defectuosa sistemática que redundo en una falta de claridad de la regulación. Para superar el problema caben varias alternativas:

a) Ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto a todas las empresas cuya actividad consiste en la intermediación turística, cuyo ámbito de aplicación vendría constituido por empresas contempladas en los artículos 8, 36 y 37 LT. Ha de recordarse, no obstante, que esta alternativa exige una actuación normativa de mucho mayor calado que el perseguido por el Proyecto, y que no está exenta, a su vez, de problemas, como los indicados en la consideración precedente acerca de la indefinición legal del régimen de algunas de las empresas a que se refieren los referido preceptos.

En cualquier caso, las ventajas de una regulación única de los aspectos comunes a la actividad y régimen de tales empresas serían evidentes en términos de economía normativa, homogeneidad, sistemática y unidad de regulación.

b) Restringir el ámbito de aplicación del Capítulo para hacerlo coincidir con el del Proyecto en su conjunto. De esta forma se evita la oscuridad que supone introducir en un mismo cuerpo normativo disposiciones con ámbitos o destinatarios diversos. El inconveniente principal de esta alternativa consiste en la fragmentación de la normativa, pues obliga a reiterar las mismas normas en el Decreto regulador de cada una de las empresas que realicen los servicios cuya reglamentación se pretende.

B) De la información específica.

El artículo 4 del Proyecto se dedica a enumerar aquellas informaciones que deben ser accesibles para los usuarios y la Consejería competente en materia de Turismo. Opta para

ello por una relación exhaustiva y detallada de los datos, que habría de completarse mediante la expresa remisión a las informaciones exigidas por la normativa aplicable en cada ámbito. Es el caso de la información general que, en calidad de prestadoras de servicios de la sociedad de la información, vendrán obligadas a facilitar las empresas de intermediación turística que operen a través de medios electrónicos, por así exigirlo el artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, muchos de cuyos extremos han sido incorporados a la enumeración contenida en el precepto del Proyecto objeto de la presente consideración.

En consecuencia, el apartado 1, debería precisar más la normativa a la que se refiere el genérico primer inciso que le da comienzo: “sin perjuicio de la normativa que le sea de aplicación”. Para ello debería efectuarse una remisión expresa a la información exigida por la normativa reguladora de la sociedad de la información a los prestadores de sus servicios.

3. De la existencia en el Proyecto de contenidos obligacionales propios del Derecho Privado.

Contiene el Proyecto algunas normas que, en tanto que afectan a la relación entre usuario turístico y agencia de viajes, han de ser analizadas desde la óptica de los títulos competenciales que, para el establecimiento de tales determinaciones, se ejercitan, pues más allá de las competencias de ordenación del turismo, de defensa del consumidor y de comercio interior que incumben a la Comunidad Autónoma, las previsiones sobre la posibilidad que asiste a las agencias de viajes de exigir a los usuarios un depósito sobre el precio total de los servicios (artículo 22 del Proyecto), podrían invadir competencias estatales en materia de legislación civil y mercantil (artículo 149.1.6ª y 8ª CE). Y es que, si bien ha desaparecido en el borrador definitivo del Proyecto la regulación del contrato de excursión de un día, que motivó la advertencia de posible falta de competencia material de la Comunidad Autónoma para su regulación (Escuela Universitaria de Turismo de Murcia), lo cierto es que todavía persiste alguna manifestación “iusprivatista” en el texto sometido a consulta.

En efecto, el referido artículo 22 establece contenidos puramente obligacionales, como ocurre con el reconocimiento del derecho de la agencia de viajes a exigir un depósito sobre el precio total de los servicios contratados. Esta previsión, en la medida en que define un derecho u obligación susceptible de ser incorporada a un contrato de naturaleza privada, estableciendo límites a los propios contenidos contractuales y a la voluntad de las partes, incidiría en el derecho privado de la contratación, invadiendo la competencia estatal en materia de legislación civil y mercantil. Procede, pues, dilucidar si ello es efectivamente así, para lo que previamente habrá que determinar el alcance de esta competencia, en relación a la sectorial de turismo invocada por la Consejería proponente, pero también conjugándola con la materia de defensa de los consumidores y usuarios.

En anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico (por todos, el 96/2005) emitidos a solicitud de la Consejería ahora consultante, se ha tenido ocasión de exponer “*in extenso*” la doctrina constitucional acerca de los límites que, para las competencias de titularidad autonómica de turismo, comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios, supone la atribución constitucional de competencia exclusiva en materia de legislación civil y mercantil a favor del Estado.

No parece necesario reiterar aquí lo dicho en los referidos Dictámenes, en el entendimiento de que su doctrina es perfectamente conocida por la Consejería consultante, pero sí

será útil recordar, en síntesis, cuáles son los criterios delimitadores de la competencia autonómica, en orden a evitar invadir el ámbito estrictamente civil y mercantil que le es ajeno:

1º. Carácter administrativo de las medidas. La regulación debe mantenerse en el ámbito de la relación jurídico pública que une a la Administración con el administrado. Ello permitirá fijar condiciones y requisitos a la actividad mercantil cuando éstos y aquéllas constituyan un presupuesto para la concesión de licencias y autorizaciones administrativas.

2º. No afectación de la relación contractual “*inter privados*”, mediante el establecimiento de condiciones que incidan sobre el contenido de los contratos, fijando condiciones generales de la contratación o modalidades de contratos, delimitando su contenido típico, generando nuevos derechos u obligaciones para las partes, estableciendo la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados.

3º. Las medidas administrativas deben ser acordes a la finalidad perseguida, fundamentalmente la protección del consumidor o usuario, y deben respetar un principio de proporcionalidad con dicha finalidad.

De lo expuesto se desprende que la posibilidad de las agencias de viajes de exigir un depósito al usuario turístico es un contenido obligacional susceptible de incorporarse al contrato que liga a ambas partes y en el que no se alcanza a advertir una finalidad protectora del consumidor y usuario que amparara la intervención administrativa en el tráfico jurídico privado. Y es que dicha intervención, en cualquier caso, debe ser finalista, en el sentido de orientarse a la protección del usuario frente a eventuales abusos, objetivo que resulta difícilmente identificable en la previsión aludida, que parece perseguir más la defensa de los intereses empresariales del sector que la del consumidor.

Es cierto que la LVC, en su artículo 3, letra f), contempla la posibilidad de que la agencia de viajes exija un anticipo sobre el precio total, por lo que la previsión del Proyecto tendría una cierta cobertura en la legislación estatal. Ahora bien, ello sería sólo predicable respecto de los viajes combinados, ámbito material al que se ciñe la referida Ley, no resultando extensible, sin más, al resto de servicios que pueden prestar las agencias de viajes.

En cualquier caso, atendido el epígrafe que intitula el artículo 22 del Proyecto —“*información sobre el coste de los servicios y depósito*”—, la intención del legislador no parece que sea establecer un derecho a favor de las agencias y la correlativa obligación del consumidor o usuario turístico, sino únicamente regular el contenido de la información que han de prestar las agencias de viajes, de forma que éstas vendrán compelidas a informar a sus clientes acerca de la necesidad de pagar un anticipo, cuando éste sea exigible de conformidad con los términos del contrato que suscriban.

Si tal es la intención del precepto, bastaría con sustituir la expresión “*sobre el cual podrán exigir*”, por otra más acorde con el mero mandato de información que se pretende imponer a las agencias. De esta manera, el precepto quedaría limitado materialmente al ámbito de la información al consumidor y, en consecuencia, encontraría su fundamento y amparo competencial en el título de defensa de los consumidores y usuarios, sin incidir sobre el contenido de las relaciones obligacionales “*inter privados*”.

Por otra parte, sería conveniente sustituir la expresión “*depósito*” por “*anticipo*”, en orden a homogeneizar la terminología del Proyecto con la utilizada por la LVC.

4. Sobre el Título IV: Desarrollo de la actividad sin título-licencia.

El Título IV del Proyecto se compone de dos artículos destinados a regular el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes y centrales de reservas sin contar con la preceptiva autorización administrativa (artículo 28), y a establecer una suerte de infracción genérica que se pretende tipificar como aquella que se cometa “*contra lo preceptuado en este Decreto y demás normativa que sea de aplicación*” (artículo 29).

1. Comenzando por este segundo precepto, debe recordarse que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, manifestada entre otras en las Sentencias 42/1987 y 305/1993, que el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, extensible al derecho administrativo sancionador, incorpora una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de tales sanciones, por cuanto el término “*legislación vigente*” contenido en el citado artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

Esta consideración ha tenido plasmación positiva en la LPAC, la cual, al regular la potestad sancionadora de la Administración, ha establecido una triple reserva de Ley: a) para la atribución de la potestad sancionadora (artículo 127.1); b) en orden a la tipificación de las infracciones (artículo 129.1); y c) en relación con la delimitación de las sanciones (artículo 129.2). No obstante, esta garantía no excluye que la norma legal pueda ser completada por otras de rango reglamentario a las que se remita, pero para que ello tenga lugar es preciso que en aquélla se encuentren suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, encontrándose prohibida toda remisión que permita una regulación independiente no subordinada a la Ley. Por consiguiente, la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora sólo resulta constitucionalmente lícita cuando en la Ley que le ha de servir de cobertura queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

Pero, además, debe cumplirse una inexcusable garantía material, en cuanto las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes deben estar predeterminadas normativamente; esto es, el requisito denominado por el Tribunal Constitucional de “*lex scripta, lex previa y lex certa*” (STC 6/1994, de 17 de enero; FJ 2). La tipificación del ilícito administrativo que exige la garantía material se encuentra integrada, entre otros elementos, por la concreción de las obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento producirá la infracción. Por ello, cuando el artículo 29 del Proyecto establece que serán sancionadas las infracciones que se cometan contra lo preceptuado en el mismo y en la demás normativa de aplicación, caben dos interpretaciones:

a) Que pretende establecer una nueva infracción de corte general, cuyo tipo estaría definido por el incumplimiento de cualesquiera normas contenidas en el Proyecto o en el resto de la normativa aplicable. Ahora bien, ello sería contrario a la exigencia de concreción de las obligaciones y prohibiciones contempladas en el tipo, pues no parece que el incumplimiento de cualquier norma contenida en el Proyecto pueda determinar una infracción y dar lugar a la correspondiente sanción. Así, por ejemplo, las relativas al procedimiento

de autorización o las causas de extinción del título-licencia contenidas en el artículo 15.1, letras a y b, que carecen de naturaleza sancionadora.

Podría modificarse la redacción para aludir entonces al incumplimiento de cualesquiera obligaciones o prohibiciones contenidas en el Proyecto, pero, aún así, seguiría faltando el requisito de la previa determinación legal de los aspectos esenciales y delimitadores de las conductas típicas. Y es que las únicas infracciones que podrán ser sancionadas por incumplir las obligaciones y prohibiciones contenidas en el futuro Decreto serán aquellas que la propia LT tipifica como infracción administrativa. Sería el supuesto de la realización de actividades turísticas sin la previa autorización (artículo 64, a), no tener vigentes la póliza de seguro o la fianza (artículo 64, letra b), carecer de distintivos obligatorios (artículo 62, letra a), no entregar factura (artículo 62, letra e), etc.

b) Que no pretenda establecer ninguna nueva infracción administrativa, sino constituir un mero recordatorio o reenvío al régimen disciplinario contenido en la LT.

En ambas interpretaciones el precepto resulta superfluo e inútil, pues la fuerza de obligar de las normas que diseñan el régimen disciplinario de las empresas turísticas no depende de su previsión reglamentaria, sino de la propia Ley. En consecuencia, procede suprimir el artículo 29.

2. El artículo 28 también es innecesario, en la medida en que la conducta descrita, “*oferta, realización o publicidad por cualquier medio de difusión de las actividades propias de las agencias de viajes y centrales de reserva sin estar en posesión del correspondiente título-licencia*”, es plenamente incardinable en la infracción tipificada en el artículo 64, letra a) LT. Por consiguiente, puede suprimirse el precepto. De considerar el redactor del texto conveniente su permanencia, debería ajustarse su redacción al tipo legal, con cita del precepto de la LT en que se fundamenta, completando la mención de la referida Ley con su denominación oficial extensa.

SEXTA.- Observaciones particulares.

1. A la Exposición de Motivos.

- La “nueva disposición transitoria”, incorporada al texto definitivo con posterioridad a su diligenciado, habrá de reflejarse en el párrafo de la Exposición de Motivos dedicado a la estructura del Proyecto, pues las disposiciones transitorias ya no serán dos, sino tres.
- La fórmula utilizada para indicar que el futuro Decreto se dicta conforme o no a las consideraciones del presente Dictamen, debe ajustarse a la establecida por el artículo 2.5 LCJ

2. Al articulado.

– Artículo 6. Objeto (de las agencias de viajes).

a) En el apartado 1 se establece una reserva de actividad, al disponer que las agencias de viajes realizarán en régimen de exclusividad una serie de actuaciones que cabría englobar bajo la denominación de “mediación turística”. Esa exclusividad sólo se exceptiona respecto de las centrales de reservas, en la medida en que comparten las actividades de intermediación en la venta de billetes y reserva de plazas en medios de transporte y en alojamientos turísticos.

Ahora bien, la exclusividad también alcanza a la actividad consistente en “c) *la intermediación en la contratación de cualesquiera otros servicios turísticos prestados por las empresas turísticas reconocidas como tales por la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia, y demás normativa dictada en desarrollo de la misma*”, en unos términos que, por su amplitud, podrían generar interferencias con la actividad propia de algunas empresas turísticas. Sería el supuesto de aquellas que en consideraciones precedentes ya se ha dicho que podrían tener por objeto labores de intermediación turística, tales como los operadores turísticos del artículo 8 LT o las agrupaciones de empresas para la comercialización común de ofertas turísticas (artículo 37.1, letra a, LT), o los mismos organizadores profesionales de congresos (artículo 37.1, letra b, LT). Por ello, quizás debería reconsiderarse la reserva en exclusiva a las agencias de viajes de la referida actividad, al menos en los términos tan genéricos en que se expresa el Proyecto, y todo ello sin perjuicio, por supuesto, de habilitar a las citadas agencias para su realización.

Asimismo, el apartado e) reserva a las agencias de viajes la organización o comercialización de excursiones de duración no superior a veinticuatro horas o que no incluyan una noche de estancia, ofrecidos por la agencia o proyectados a solicitud del usuario, por un precio global. Si a ello se une que el artículo 7.1 no incluye esta actividad entre aquellas que los propios prestadores de los servicios pueden contratar directamente con sus clientes, podría llegarse a la paradoja de que empresas como las de turismo activo se vieran obligadas a comercializar sus productos turísticos a través de una agencia de viajes o no pudieran organizar por sí mismas una excursión de un día.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que la reserva de actividad a favor de las agencias de viajes no debería alcanzar a las descritas en las letras c) y e) del apartado 1, en la medida en que si bien tales servicios turísticos serían acordes con la naturaleza legalmente asignada a dichas agencias por el artículo 36 LT, por lo que nada impediría que las realizaran, su asignación en exclusiva a las agencias de viajes interferiría en la actividad propia de otras empresas turísticas cuyo ámbito también ha sido delimitado por la Ley.

b) En el apartado 2, al enumerar las actividades que pueden realizar las agencias de viajes, aunque ya no en régimen de exclusiva, se utiliza una cláusula de cierre (letra j) que incluye una salvaguardia de las posibles reservas de actividad a favor de otras empresas. Esta acertada medida preventiva, que facilita la inserción de la nueva norma en el ordenamiento, evitando posibles confusiones respecto del alcance que se pretende dar al precepto, quizás debería hacerse extensiva a todas las actividades enumeradas en el apartado 2, introduciendo la referida salvaguardia en el párrafo inicial del apartado.

– Artículo 7. Reserva de actividad. Excepciones.

a) La existencia de un precepto expresamente destinado a regular excepciones a la reserva de actividad realizada en el artículo 6 del Proyecto, lo convierte en la ubicación sistemáticamente más adecuada para la regulación de aquéllas, por lo que quizás debería trasladarse al párrafo primero del artículo 7 la excepción referida a las centrales de reservas actualmente contenida en el artículo 6.1 del Proyecto.

b) En el apartado 3, inmediatamente antes de la coma, debería incluirse un inciso del siguiente tenor “y siempre que no exista previsión legal en contra”, para salvaguardar la exigencia de la LVC acerca de la necesaria condición de agencia de viajes del organizador y detallista de un viaje combinado (así, Dictamen 2223/1996, del Consejo de Estado, emitido con ocasión del Proyecto de Decreto de agencias de viaje de la Comunidad Autónoma de

Madrid). Otra posibilidad para salvaguardar la exigencia legal es la que apunta el artículo 3.2, letra b) del Decreto castellano leonés de agencias de viajes (es el número 25/2001, de 25 de enero), que entre los requisitos para que puedan organizarse directamente viajes sin la intervención de una agencia señala, precisamente, que no adopten la modalidad de viajes combinados.

– Artículo 9. Solicitud y documentación.

a) El apartado 1 establece que la solicitud se dirigirá a la Consejería competente en materia de turismo, en consonancia con el artículo 10.1 del Proyecto que asigna a dicho Departamento la resolución de las solicitudes de título-licencia.

Frente a esta regulación, el artículo 10.1 LT atribuye dicha potestad resolutoria a la Dirección General de Turismo. Si bien la dependencia orgánica de ésta respecto de la Consejería competente en materia de Turismo evita que la regulación proyectada se contraponga abiertamente a la Ley objeto de desarrollo, sería más respetuoso con la redacción legal que el precepto reglamentario reiterara la atribución funcional de la Ley al órgano directivo inferior.

b) En los estatutos sociales, debería constar que el objeto social único y exclusivo es el de la actividad propia de las agencias de viajes, es decir, la “mediación y/u organización de servicios turísticos”. Así lo exige el artículo 36.1 LT, que configura como nota definitoria de las referidas empresas turísticas el de dedicarse “en exclusividad” al ejercicio de tales actividades.

La configuración de la exclusividad como requisito de la condición legal de agencia de viajes exige un control administrativo previo a la concesión del título-licencia habilitante de su actividad.

Para ejercer ese control son un instrumento idóneo los estatutos sociales, toda vez que el artículo 9, letra b), del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece como contenido necesario de aquéllos la determinación de las actividades que integran su objeto social, operando éste como elemento delimitador de toda la actividad de la Sociedad, que ha de encaminarse hacia su desarrollo o realización.

En consecuencia, en el apartado 2.a, a.2 debería consignarse expresamente que en los estatutos sociales de la empresa conste como objeto social único y exclusivo el de dedicarse a la actividad propia de las agencias de viajes.

c) El apartado 2, letra b) pretende garantizar la indemnidad de quien pueda resultar perjudicado por la actividad de la agencia de viajes, pues establece que las coberturas del seguro de responsabilidad civil que sus titulares habrán de suscribir, incluyen “toda clase de siniestros”, considerando como tales los daños corporales, materiales y perjuicios económicos causados. Dicha enumeración habría de completarse con la referencia a los daños morales.

d) En el apartado 2, letra c), debe sustituirse la referencia a la “autorización de apertura” por la más precisa de “título-licencia”.

– Artículo 10. Resolución de la solicitud.

a) En el seno del procedimiento tendente al otorgamiento del título-licencia y en la medida en que su resolución se adoptará teniendo en cuenta no sólo los hechos, alegaciones y

pruebas aportados por el solicitante, sino también el informe de la Inspección de Turismo, debería preverse expresamente un trámite de audiencia, que habría de ser posterior a la emisión del referido informe.

b) En el apartado 3 debería suprimirse el adjetivo “tácito”, referido al otorgamiento del título-licencia por silencio administrativo, toda vez que doctrinalmente se suele distinguir entre acto presunto, que es el que resulta del silencio, y acto tácito, clase de acto en que la voluntad de la Administración se induce de un comportamiento de aquélla.

– Artículo 12. Comunicación y autorización de modificaciones.

a) El precepto debe ser analizado a la luz del artículo 10.2 LT, según el cual “*toda modificación que afecte a las condiciones en que se otorgó la autorización o título-licencia deberá ser autorizada por la Dirección General de Turismo*”.

El Proyecto, por su parte, sólo somete a autorización la apertura o cambio de locales, mientras se limita a exigir la mera comunicación de la modificación de otras circunstancias “*que afecte a los requisitos exigidos para la obtención del título-licencia*”. La mera obligación de comunicar es una manifestación de las potestades interventoras y de control de la Administración turística sobre las agencias de viajes de menor intensidad y alcance que la autorización de dichas modificaciones a que se refiere la LT. Y es que, mediante la autorización, la Administración no queda reducida a un mero sujeto pasivo o receptor de la información facilitada por el particular, sino que adopta un papel activo y decisivo, pues para que las modificaciones previstas por la empresa no afecten a la vigencia del título-licencia y puedan quedar amparadas por éste, habrán de ser previamente autorizadas por la Administración.

En consecuencia, procede adaptar la regulación proyectada al precepto legal desarrollado, indicando la necesidad de autorización de cualesquiera modificaciones que afecten a las condiciones en que se otorgó el título-licencia. Esta autorización, por lo demás, no corresponderá a la Consejería *in genere*, sino específicamente a la Dirección General de Turismo, por así disponerlo el artículo 10.2 LT.

Dicho lo anterior, ha de advertirse que la enumeración de aspectos societarios cuya modificación habría de comunicarse –artículo 12.1 *in fine* del Proyecto–, tomada de la regulación todavía hoy vigente (Decreto 115/1987), ha perdido buena parte de su razón de ser toda vez que, a diferencia de lo establecido en el referido reglamento, el Proyecto ya no exige para constituir una agencia de viajes, que: a) adopte forma societaria; b) que tenga un capital social mínimo; y c) que en los estatutos sociales conste como objeto único y exclusivo el de la actividad propia de las agencias de viajes. De hecho, a la luz del artículo 9.2 del Proyecto, y a falta de una mayor precisión de lo que hubiera de entenderse por “*aspectos sustantivos de los estatutos sociales*”, la única circunstancia de las enumeradas por el artículo 12.1 del Proyecto que es tenida en cuenta para el otorgamiento del título-licencia sería la identidad de los representantes de la agencia.

b) La infracción del deber de comunicar las modificaciones que afecten a los requisitos exigidos para la obtención del título-licencia, en la medida en que podrían suponer un incumplimiento de los requisitos que sirvieron de base para su otorgamiento (artículo 10.3 LT), debería conllevar la revocación del título-licencia, para lo cual habría de incluirse como causa para ello en el artículo 15 del Proyecto.

c) El apartado 2 somete a autorización la apertura o cambio de locales, al igual que el artículo 14.1 del Proyecto lo hace respecto de la apertura de establecimientos.

De conformidad con el artículo 9 LT, son establecimientos turísticos los locales o instalaciones abiertos al público y acondicionados de conformidad con la normativa en cada caso aplicable, en los que las empresas turísticas presten al público alguno o algunos de sus servicios. De dicha caracterización legal y a falta de una mayor precisión del Proyecto acerca de las diferencias existentes entre los locales a que aluden sus artículos 12.2 y 14.1, parecen estar regulando lo mismo, por lo que cabría refundir ambos preceptos.

– Artículo 14. Apertura de sucursales.

Bajo este epígrafe se regulan dos realidades diferentes. De un lado, la apertura de verdaderos establecimientos turísticos conforme a la definición que de ellos ofrece el artículo 9 LT, que, como se ha dicho, se somete a autorización; de otro, la instalación de terminales informáticos, denominados puntos de venta, cuyo único requisito previo es la comunicación a la Consejería, acreditando tanto la autorización de la empresa o entidad en la que se ubica el terminal para hacerlo como que, de conformidad con el artículo 18, se ha incrementado la fianza en la cantidad correspondiente.

a) En referencia a ambos casos, el apartado 4 indica que, una vez comprobada la documentación exigida, “*se dictará la resolución que proceda*”. Respecto de la apertura de establecimientos no es dudoso que, si la solicitud no se acompaña de la documentación preceptiva, por el órgano decisor se requerirá al interesado su subsanación y, caso de desatender el requerimiento, se procederá a desestimar la solicitud, denegando la autorización. Sin embargo, cabe preguntarse por el contenido de la resolución a dictar en el supuesto de instalación de puntos de venta, sometida al mero trámite de comunicación.

Si a la comunicación se adjunta la documentación exigida, la resolución podría consistir en una mera toma de razón que, por razones de seguridad jurídica, debería notificarse al interesado, pues la comunicación debe ser previa a la instalación del terminal y la agencia comunicante debe tener conocimiento del resultado de su comunicación. Del mismo modo, debería indicarse si procede o no la inscripción del punto de venta en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas, pues así parece desprenderse de la interpretación sistemática del precepto objeto de consideración (que identifica punto de venta con sucursal) y de la denominada “nueva disposición transitoria” que se incorpora al texto definitivo del Proyecto con posterioridad a su diligenciado por el Secretario General de la Consejería consultante, cuyo segundo párrafo parece prever que a cada sucursal se le comunicará el número de registro que le haya correspondido.

Si no se acompaña la documentación o ésta es defectuosa, la Administración debería requerir a la agencia de viajes interesada para su subsanación, otorgando plazo para ello y advirtiendo expresamente que no procede la instalación hasta tanto no se atiende el requerimiento de subsanación.

Si, a pesar de ello, la empresa no subsana el defecto advertido, la Administración debería dictar una resolución informando al interesado que no procede la instalación del punto de venta, al haber desatendido los requisitos establecidos para ello, ordenando el cese de la actividad del referido punto para el supuesto de que éste hubiera comenzado a operar.

A la luz de lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que debería corregirse el excesivo laconismo del apartado 4, especificando qué resolución procedería en cada caso.

– Artículo 15. Extinción de los efectos del título-licencia.

a) La solicitud de extinción del título-licencia debería incluirse como una causa más dentro de la enumeración efectuada por el apartado 1, no al principio de éste, pues podría llegar a interpretarse que para que operaran las causas indicadas en el precepto se requeriría, “además”, la previa instancia de parte.

b) Las causas de extinción señaladas con las letras a) y b) del apartado 1 contravienen lo establecido en el artículo 10.3 LT, que únicamente prevé la revocación del título-licencia “*cuando se incumpla alguno de los requisitos que sirvieron de base para su otorgamiento*”.

A diferencia de la regulación contenida en el vigente Decreto 115/1987 (artículo 7, letra b), el Proyecto no prevé la exigencia de iniciar las actividades en un determinado plazo, por lo que no existiría tal obligación y, en consecuencia, su incumplimiento no podría conllevar efectos sobre el título-licencia concedido.

Por lo expuesto, bien se establece en el artículo 11 del Proyecto la exigencia de iniciar las actividades en un determinado plazo y mantenerlas de forma continuada sin interrupciones superiores a seis meses, bien se suprimen las referidas causas de revocación.

c) En relación con la causa de revocación del título-licencia contenida en la letra b), el *dies a quo* o fecha inicial del cómputo del plazo para comenzar el desarrollo de la actividad empresarial en orden a evitar la extinción de los efectos de la licencia no debería ser el de la producción del silencio administrativo, pues a tal fecha la empresa todavía no puede comenzar el ejercicio de su actividad al faltarle un requisito, como es contar con el código de identificación que, de conformidad con el artículo 10.3 del Proyecto, ha de serle facilitado por la Administración, en los casos de silencio administrativo, en el plazo de 10 días a contar desde la fecha del acto estimatorio presunto. Adviértase que sólo a partir de la notificación de dicho código puede la agencia actuar de forma regular, ya que viene obligada a exhibirlo tanto en su rótulo (artículo 19, letra d del Proyecto), como en su publicidad, documentación, propaganda impresa y correspondencia (artículo 21.1 del Proyecto), y cuando utiliza marcas diferentes de su nombre comercial (artículo 13.2).

En consecuencia, la fecha inicial del cómputo del plazo referido habría de ser la de notificación a la agencia de viajes del código de identificación.

d) Se completaría la relación de causas de extinción de los efectos del título-licencia si se atendiera la sugerencia efectuada por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, en el sentido de incluir las causas previstas en el ordenamiento para la extinción de sociedades mercantiles (como consta en el artículo 8.2 del Proyecto de Decreto de Organizadores Profesionales de Congresos), así como la pérdida de la capacidad para el ejercicio del comercio.

– Artículo 16. Agencias de viajes extranjeras.

a) El apartado 1 considera como tales a las domiciliadas y constituidas con arreglo a la legislación de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea. Con esta redacción, sin mayores matizaciones o precisiones, tendrían la consideración de agencias de viajes extranjeras las domiciliadas y constituidas conforme a la legislación de Islandia, Noruega y Liechtenstein, Estados asociados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyos artículos 31 y siguientes establecen un derecho de establecimiento para los nacionales

de tales Estados equiparado al de los miembros de la Unión Europea. En consecuencia, para evitar la contradicción de la norma proyectada con las disposiciones de un tratado internacional suscrito y ratificado por España, determinante de la nulidad de aquélla, ha de completarse la definición de agencia de viajes extranjera con la exclusión de tal concepto no sólo de las domiciliadas en Estados de la Unión Europea, sino también de aquellas que lo están en los asociados al Espacio Económico Europeo.

Del mismo modo, ha de adaptarse el artículo 17 del Proyecto.

b) El apartado 3 somete a autorización la apertura de delegaciones de las agencias extranjeras; sin embargo, no establece cuál es el procedimiento a que habrán de someterse dichas autorizaciones, si el establecido en el artículo 10 del Proyecto u otro.

c) El apartado 4 debería ser más preciso en relación a qué normas del futuro Decreto resultarán aplicables a las delegaciones de agencias extranjeras, pues en la redacción propuesta queda absolutamente indeterminado el régimen de aquéllas.

– Artículo 17. Agencias de viajes autorizadas por otras Administraciones.

Debería indicar de forma expresa que la apertura de establecimientos por las agencias de viajes a las que se refiere precisará de autorización por la Administración turística.

– Artículo 18. Fianza.

a) No es correcto identificar establecimiento con punto de venta, tal y como hace el apartado 2. El punto de venta es un mero terminal informático, no atendido por personal y que se instala en dependencias ajenas a los locales de la agencia de viajes. Dicho terminal no reúne las características que para los establecimientos turísticos establece el artículo 9 LT, en la medida en que no son propiamente locales o instalaciones abiertas al público.

Se sugiere, en consecuencia, modificar la redacción del inciso a continuación del punto y seguido en los siguientes términos: *“Por cada nueva sucursal o punto de venta que sobrepase...”*.

b) El apartado 5 dispone que la fianza quedará afecta al cumplimiento de las obligaciones que deriven de los laudos dictados por las comisiones arbitrales de agencias de viajes. Sin embargo, a diferencia del Decreto todavía vigente, el Proyecto no contempla dichos órganos de solución de conflictos, al considerar sus redactores que no es necesaria su regulación por contenerse ya en la Ley de Arbitraje (folio 93 del expediente). Sin embargo, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, no regula tales comisiones, como tampoco contempla ya la más moderna regulación de Consumo (Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Protección de los Consumidores y Usuarios) las denominadas Juntas Arbitrales de Consumo, previendo la Disposición Final Sexta de la última de las leyes citadas que en el plazo de un año se dictará una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, previendo los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

Atendido el marco normativo descrito, la redacción propuesta para el apartado 5, letra b) del artículo 18 podría determinar que, en una interpretación estricta del precepto, la fianza nunca pudiera aplicarse para la ejecución de un laudo arbitral, toda vez que faltaría el requisito subjetivo de que el fallo hubiera sido producido por una comisión arbitral de agencias de viajes inexistente o por una junta arbitral de consumo que, en el futuro y a resultas de la anunciada nueva regulación del arbitraje de consumo, podría ser sustituida por un árbitro único.

En consecuencia, para que el precepto proyectado alcance su finalidad y sea más adaptable a las eventuales reformas del sistema arbitral de consumo, su redacción debería ser más genérica, de forma que la fianza quedara afecta al cumplimiento de las obligaciones que deriven de la ejecución de un laudo firme derivado de la queja o reclamación efectuada por el usuario turístico.

– Artículo 19. Características de los locales destinados a agencias de viajes.

Deberían calificarse expresamente como establecimientos turísticos, de conformidad con el concepto que de éstos ofrece el artículo 9 LT.

– Artículo 21. Identificación y publicidad.

El apartado 2 prohíbe la publicidad falsa o engañosa en los folletos y programas editados por las agencias de viajes. No se alcanza a comprender por qué únicamente se veta el uso de dichas modalidades de publicidad y no se impide realizar cualquier tipo de publicidad ilícita en los términos en que ésta es descrita en los artículos 3 y siguientes de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP).

Si bien el artículo 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sí utiliza en su artículo 8.3 la expresión “publicidad falsa o engañosa”, es mucho más completa y adecuada al régimen general de la publicidad la expresión “publicidad ilícita”, a cuya prohibición queda compelida la Administración Pública de la Región de Murcia por imperativo del artículo 8, letra h) de la Ley 4/1996, de 14 de junio, por la que se establece el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

– Artículo 27. Garantía y seguro de responsabilidad civil.

El apartado 2 remite el régimen de la fianza que han de constituir las centrales de reservas a lo dispuesto para las agencias de viajes. Sin embargo, la redacción del apartado no regula con la claridad exigible si procede la constitución de fianzas colectivas, pues únicamente establece el importe de la fianza individual.

– Artículo 28. Régimen jurídico (de las centrales de reservas).

La mención al Registro General de Empresas Turísticas debería sustituirse por la denominación legal, esto es, Registro de Empresas y Actividades Turísticas.

La exigencia de inscripción de este tipo de empresas tiene su base legal en el artículo 38 LT, según el cual las empresas de actividades turísticas complementarias “vendrán obligadas a solicitar su inscripción” en una Sección especial del referido Registro. Al margen de sugerir que en el Proyecto se deje constancia del origen legal de la referida obligación, debe hacerse otra observación de “*lege ferenda*”, en orden a hacer efectiva la remisión reglamentaria contenida en el artículo 38 LT, advirtiendo la procedencia de iniciar los trabajos normativos necesarios para desarrollar el régimen del indicado Registro, el contenido de los asientos y el procedimiento para su inscripción.

– Disposición Transitoria primera.

Prevé la disposición un plazo de seis meses para que las agencias de viajes que a la entrada en vigor del Decreto estén desarrollando su actividad se adapten a lo dispuesto en él. Considera el Consejo Jurídico que se ganaría en precisión y facilidad de control si se sustituyera la referencia al desarrollo efectivo de la actividad empresarial por la

existencia de título-licencia en vigor, pues el inicio de la actividad puede demorarse meses.

Por otra parte, sería conveniente establecer una medida de reacción frente al incumplimiento del deber de adaptación a la nueva normativa. Un modelo puede ser el contenido en el Decreto 25/2001, de 25 de enero, que aprueba el Reglamento de las agencias de viajes que ejerzan su actividad en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Según su Disposición Transitoria, si transcurre el plazo de adaptación sin que ésta se haya producido, se requerirá a la agencia para que lo haga, concediéndole un plazo que no será superior a tres meses. De no atenderse el requerimiento, se revocará de oficio el título-licencia.

Cabe sugerir que, de aceptar esta observación, en el requerimiento que se efectúe a la agencia se advierta expresamente de las consecuencias de no cumplir con lo indicado.

– Disposición Final primera.

La “autorización” al Consejero competente en materia de Turismo para desarrollar el futuro Decreto en materias de ámbito interno de su Departamento es innecesaria, pues ya queda facultado para ello por la Ley 6/2004, en sus artículos 38 y 52.1.

– Anexo.

El apartado 1 establece las características de dos tipos de placas identificativas, la estándar y la especial, sin especificar en qué supuestos pueden utilizarse una u otra o si su uso es indistinto y queda a elección de cada agencia de viajes. Sería conveniente establecer estas mínimas normas de uso, pues el precepto que regula los referidos signos distintivos (artículo 20 del Proyecto) nada dice al respecto.

– Nueva Disposición Transitoria.

La autodenominada “*nueva disposición transitoria*”, incorporada al texto definitivo del Proyecto tras su diligenciado por el Secretario General de la Consejería consultante, debe consignar con precisión el artículo al que efectúa el reenvío o remisión interna, pues en la redacción sometida a este Consejo Jurídico no se ha especificado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para aprobar como Decreto el Proyecto sometido a consulta.

SEGUNDA.- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

– La relativa a la caracterización de las centrales de reservas como agrupación de empresas y las consecuencias que de ello se derivan, de conformidad con la Consideración Quinta.1, A de este Dictamen.

– La matización efectuada en la Consideración Quinta.3 de este Dictamen, acerca del alcance de la previsión contenida en el artículo 22 del Proyecto, que establece la posibilidad de exigir la agencia de viajes a los usuarios la constitución de un depósito o anticipo sobre el precio total de los servicios.

– La necesidad de autorización de todas las modificaciones que afecten a las condiciones en que se otorgó el título-licencia, de conformidad con lo indicado en las observaciones al artículo 12 del Proyecto, contenidas en la Consideración Sexta.

– La relativa a las causas de revocación del título-licencia consignadas con las letras a) y b) del artículo 15.1 del Proyecto.

– Las consecuencias que, sobre los artículos 16 y 17 del Proyecto, debe tener el reconocimiento a los nacionales de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo de la libertad de establecimiento y su incidencia sobre la indebida calificación como extranjeras de las agencias de viajes domiciliadas en dichos Estados y constituidas conforme a su normativa.

TERCERA.- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejora técnica del Proyecto y a facilitar su inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 66/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula la composición y organización del Consejo de Museos.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 18/05/07

Extracto de Doctrina

En ejercicio de las potestades de autoorganización, la Administración regional puede optar por fórmulas que hagan operativo el funcionamiento de los órganos consultivos, optando por una mayor simplificación y tecnificación, pero sin relegar la de los sectores externos a la misma como plasmación de la participación ciudadana, a través de sus organizaciones representativas,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Dirección General de Cultura elaboró un primer borrador del Proyecto de Decreto, por el que se modifica la composición del Consejo de Museos prevista en el Decreto regional 34/2003, de 11 de abril. Se acompaña de una memoria suscrita por el Servicio de Museos y Exposiciones, de 1 de junio de 2006, que justifica la necesidad de modificar la composición vigente para adaptarla a las necesidades actuales, con la finalidad de otorgar una mayor agilidad a los procedimientos en los que debe estar presente el citado órgano consultivo. También indica que la modificación se ajusta a lo dispuesto en la Ley 9/1985, de 10 de diciembre, de Órganos Consultivos de la Administración regional, modificada por la Ley 1/1994, de 29 de abril, en cuanto que el número de miembros no excede de veinte, además de su Presidente y Vicepresidente, y

que la representación de las organizaciones sociales existentes, o el conjunto de expertos externos a la Administración, no es inferior al 75% de sus miembros, siguiendo asimismo el mandato previsto en el artículo 32.1 de la Ley 5/1996, de 30 de julio, de Museos de la Región de Murcia (en lo sucesivo LM), ya que en su composición se encuentran presentes vocales procedentes de entidades locales y universidades de la Región, así como de los titulares de museos reconocidos.

SEGUNDO.- El Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe favorable el 22 de junio de 2006, en el que pone de manifiesto que la Ley 9/1985, de Órganos Consultivos de la Administración regional (en lo sucesivo Ley 9/1985), no es de directa aplicación al Consejo de Museos, citando a este respecto nuestro Dictamen 41/2003; en relación con la nueva composición estima que, pese a haberse reducido considerablemente el número de vocales externos a la Administración, se considera ajustada a la LM puesto que ésta no exige un número determinado de vocales de cada una de las organizaciones citadas. Por último hace referencia a que se reexamine la terminología utilizada, pues en ocasiones se utiliza el término “a propuesta”, y en otras “designado por”, a la vez que debe completarse el expediente con el estudio económico de la norma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004).

TERCERO.- Por parte del Servicio de Museos y Exposiciones se valoraron las anteriores observaciones, y las que son aceptadas se plasman en un segundo borrador, adoptando también la decisión de otorgar un trámite de audiencia a aquellos miembros del Consejo de Museos que son excluidos por el Proyecto de Decreto tales como:

- Universidad Politécnica de Cartagena.
- Universidad Católica de San Antonio.
- Real Academia de Bellas Artes Santa María de la Arrixaca.
- Museo Nacional de Arqueología Marítima.
- Museo Naval de Cartagena.
- Academia Alfonso X El Sabio.
- Federación de Municipios de la Región de Murcia.
- Obispado de la Diócesis de Cartagena.
- Plataforma para la Promoción del Voluntariado en la Región de Murcia.

De los citados se recibieron las siguientes contestaciones:

1º. El Obispo de Cartagena, por escrito de 3 de agosto de 2006, manifiesta que cualquier iniciativa legislativa o administrativa que pueda afectar al patrimonio cultural de la Iglesia debe tener en cuenta los contenidos de los Acuerdos firmados entre la Santa Sede y el Reino de España, y la Comisión Mixta Comunidad Autónoma-Diócesis de Cartagena para el Patrimonio Cultural.

2º. Por parte del Director del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas se pone en consideración de la Consejería consultante que en el Consejo de Museos participe un técnico adscrito a uno de los museos de titularidad estatal existentes en la Comunidad Autónoma.

3º. El Director de la Academia de Bellas Artes de Santa María de la Arrixaca remite escrito en el que manifiesta que, oída la mesa de dicha Corporación, se coincide en la necesidad de que el Consejo de Museos esté formado por un número de miembros que haga su funcionamiento ágil y operativo, considerando adecuada la composición contenida en

el borrador. No obstante propone, por las finalidades de dicha Academia, que entre los tres vocales de libre designación se designe a uno de sus académicos.

4º. El Rector de la Universidad de Cartagena, por escrito de 11 de julio de 2006, solicita asimismo formar parte del Consejo de Museos.

Aun cuando no forme parte de los excluidos en la nueva composición, se otorgó también audiencia a la Universidad de Murcia, figurando un escrito de contestación del Vicerrectorado de Extensión Universitaria (documento núm. 7).

CUARTO.- Recabado el parecer de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, se emite informe el 9 de octubre de 2006 en el siguiente sentido:

- Debe desligarse el informe jurídico de la Vicesecretaria, exigido por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, del informe del Servicio Jurídico de la Consejería cuya exigencia deriva de otra disposición.
- Considera preceptivo que se recabe el informe del propio Consejo de Museos que se modifica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 LM.
- Deben incorporarse al expediente los oficios de las consultas realizadas.
- Se realizan observaciones sobre el título de la disposición, y se solicita que se suprima la cita de la Ley 9/1985 en la Exposición de Motivos.
- En cuanto a su composición sugiere que la presencia de un único representante de las Entidades Locales, de los museos reconocidos y de la Universidad de Murcia parece contradecir el tenor literal del artículo 32 LM que se expresa en plural, considerando no obstante ineludible que tales vocales sean propuestos por las Instituciones que representan para respetar la finalidad perseguida por la Ley. No obstante, no considera necesario respetar el porcentaje del 75% de la denominada representación externa, al no ser de aplicación la Ley 9/1985.

QUINTO.- Se incorpora al expediente el tercer borrador en el que se recogen las observaciones realizadas por el órgano preinformante, y se completa el expediente con la documentación cuya carencia fue advertida, según recoge el informe de la asesora del Servicio de Museos y Exposiciones, de 28 de noviembre de 2006.

SEXTO.- Con fecha 11 de diciembre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el texto definitivo del Proyecto de Decreto, fechado el 7 de diciembre de 2006.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto de modificación del Decreto 34/2003, de 11 de abril, por el que se regula la composición y organización del Consejo de Museos de la Región de Murcia, en desarrollo del artículo 32 LM, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Proyecto consta de un artículo único, que modifica el 3 (apartados 1 y 2) del vigente, sobre la composición del Consejo de Museos, y el 4 (apartado 5), en el que se recoge, en cuando a su funcionamiento, la referencia al Capítulo III (órganos colegiados) del Título II la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004), que se aprobó con posterioridad al citado reglamento.

SEGUNDA.- Habilitación legal y justificación de la modificación que se tramita.

El artículo 10.Uno, 13 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EA) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas y demás centros de depósito cultural o colecciones de análoga naturaleza, de interés para la Región, que no sean de titularidad estatal. En ejercicio de esta competencia, corresponde a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva (artículo 10.Dos EA).

También ostenta la Comunidad Autónoma la función ejecutiva en materia de gestión de museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, que no se reserve el Estado (artículo 12. Uno, 5 EA).

En ejercicio de las competencias estatutarias se aprobó la LM, cuyo artículo 32.1 establece que *“La Consejería competente constituirá un Consejo de Museos, integrado por vocales procedentes de instituciones y sectores relacionados con la actividad museística, como órgano asesor y consultivo del Sistema de Museos de la Región de Murcia. En todo caso, en el mismo existirán vocales procedentes de las entidades locales y universidades de la Región, así como titulares de museos reconocidos”*. Añade en el apartado 2 que su composición y organización se establecerán reglamentariamente. A su vez el artículo 33 del mismo texto legal recoge las funciones del citado Consejo.

En su desarrollo, y a propuesta de la Consejería de Presidencia entonces competente en la materia, se aprobó el vigente Decreto regional 34/2003, que estableció un plazo no superior a dos meses desde su entrada en vigor para llevar a cabo la constitución del Consejo de Museos (Disposición Adicional Primera). Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, el Consejo Jurídico ha tenido conocimiento de que no se ha constituido formalmente el citado órgano consultivo a través de los asuntos que fueron objeto de nuestros Dictámenes núms. 153/2005 y 188/2006. En este último Dictamen señalamos a este respecto: *“produce gran perplejidad que, tras la regulación de su composición por Decreto 34/2003, de 11 de abril, aún no se haya constituido formalmente, y menos aún que se alegue por la Dirección General competente razones de inoperancia por la dificultad de su convocatoria, que debieron de ser contempladas a la hora de proponer su composición. Ya en el Dictamen 94/2001, el Consejo Jurídico advertía que la efectiva constitución del referido órgano asesor en materia de museos no es una potestad discrecional de la Consejería competente, sino un mandato legislativo que debe cumplirse a tenor del artículo 32 LM. De nuevo, en nuestro Dictamen 41/2003, se ponía de manifiesto la necesidad de su constitución, expresando en esta ocasión su extrañeza por la tardanza en tramitar y aprobar las normas reguladoras de su composición y organización, que finalmente se plasmarían en el Decreto 34/2003, de 11 de abril. Ahora se indica en el expediente que este Consejo de Museos todavía no se ha constituido, pues actualmente se está tramitando un Decreto por el que se modifica su composición, y ello casi diez años después de su creación por la LM y transcurridos tres años desde que se le dotara de sus normas de organización y funcionamiento, y a pesar de establecer la Disposición Adicional primera del Decreto 34/2003 que el Consejo habría*

de constituirse en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. El Consejo Jurídico, al igual que se hizo en el Dictamen núm. 153/2005, no puede dejar de poner de manifiesto la evidente falta de voluntad sostenida para la puesta en marcha del citado órgano consultivo, incumpliendo la Administración regional una obligación impuesta por la Ley, con las consecuencias que de ello derivan, destacando entre ellas el carecer del valioso asesoramiento técnico que los órganos consultivos pueden aportar al desarrollo de las competencias autonómicas”.

Ahora se plantea una modificación del Decreto regulador de 2003, sin haber sido aplicado de forma efectiva. Por ello, por el escueto contenido del Decreto vigente (sólo consta de 4 artículos y dos de ellos son meramente reiterativos de contenidos legales), y porque la modificación que ahora se tramita atañe a un aspecto sustancial del mismo como es su composición, parece más coherente su sustitución por otro nuevo, que derogue el anterior, que no ha llegado a desplegar sus efectos.

Dicho lo que antecede, y centrándonos en la modificación que ahora se propone del Decreto 34/2003 por parte de la Consejería competente en la materia, aparece justificada en la Memoria del Servicio de Museos y Exposiciones su finalidad, que es la de adecuar la composición del Consejo de Museos a las necesidades actuales para otorgar una mayor agilidad a los procedimientos en los que debe informar, sobre todo tras la entrada en vigor del Decreto 137/2005, de 9 de diciembre, por el que se desarrolla parcialmente la LM, y el incremento de las actuaciones que este órgano ha de realizar en cumplimiento de sus funciones de asesoramiento y consulta.

De lo anterior se infiere que se trata de dotar a este órgano de un número de vocales más reducido (de 20 pasa a 9) para que actúe con arreglo a los principios de eficacia, en ejercicio de las potestades administrativas de autoorganización, y sobre esta decisión administrativa el Consejo Jurídico ha de limitarse a comprobar si dicha potestad ha sido ejercida dentro de los límites que impone la LM.

Muy ilustrativa sobre el alcance de nuestro cometido es la sentencia del TSJ de Andalucía, de 23 de febrero de 2001:

“En efecto, la publicación del Decreto impugnado ha tenido lugar en el ejercicio de una potestad discrecional, lo cual implica, a la hora de conformar en su artículo 4 la composición del elenco de vocales y del número de sus representantes en los Consejos Provinciales de Medio Ambiente, Forestal y de Caza, la oportunidad de opción entre múltiples y variadas soluciones dentro de los límites del ordenamiento jurídico, lo que excluye resultados que incurran en desviación de poder, arbitrariedad o trato discriminatorio por la simple omisión de cualesquiera institución o corporación que hubiera, no obstante, poder sido citada como vocal idóneo de los Consejos de Medio Ambiente. Estimar la conveniencia de un dictado alternativo al contenido en dicha norma sobre quiénes, cuáles y en qué proporción de representantes han de ser miembros de cada uno de tales Consejos (...), sobre la base de una más certera objetividad o garantía de acierto en la regulación de sus componentes, pero no derivada de la vulneración del ordenamiento jurídico ni del desconocimiento de un derecho subjetivo a formar parte como vocal de estos consejos provinciales (...) implica invadir esferas no atribuidas a la jurisdicción, que ha de comprobar únicamente que la Administración, en ejercicio de su potestad, ha cumplido con las exigencias que imponen los elementos reglados que concurren en la decisión discrecional.”

TERCERA.- Procedimiento y documentación.

El procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley regional 6/2004 para las disposiciones de carácter general emanadas del Consejo de Gobierno, habiéndose subsanado durante la tramitación determinadas observaciones acerca del mismo. Sobre la trascendencia de la omisión del informe del Consejo de Museos, cuya conveniencia, en atención a las funciones que le atribuyen los artículos 32 y 33 LM, ha puesto de manifiesto el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma a la vista de su condición de órgano de consulta y asesoramiento de la Administración Regional en todo lo referente al desarrollo de sus competencias en materia de museos (artículo 33, g).

Como ya se ha advertido por el Consejo Jurídico en la consideración anterior, el Consejo de Museos de la Región de Murcia no se ha constituido desde la vigencia de la LM, careciendo de sentido que ahora se convoque para conocer de una propuesta de decreto que modifica su composición en el sentido de reducirla. Por otra parte, como reconoce el órgano preinformante, el artículo 33,c) LM únicamente establece la preceptividad de su intervención para conocer sobre los proyectos de normas técnicas, que no constituye el objeto del presente Proyecto, como se ha expuesto con anterioridad. No obstante se considera muy acertada la audiencia individualizada otorgada a los organismos e instituciones cuyos representantes han sido excluidos de su composición por la modificación propuesta, si bien no consta en el expediente, al igual que se realizado con las observaciones de otros órganos, la consideración que proceda sobre la propuesta realizada por el Rectorado de la Universidad Politécnica de Cartagena sobre su participación en el futuro consejo.

CUARTA.- Observaciones al Proyecto de Decreto.

I) Exposición de Motivos.

Debería insertarse en el último párrafo la fórmula que proceda “de acuerdo/oído”, en relación con el Dictamen del Consejo Jurídico.

B) Artículo Único.

Acerca de las modificaciones introducidas se realizan las siguientes observaciones:

1ª. De técnica normativa.

Dado que se modifican dos artículos del Decreto 34/2003, sería aconsejable que el Artículo Único del Proyecto se dividiera en dos apartados (Uno y Dos) correspondiente a cada uno de los artículos modificados, siguiendo las recomendaciones de las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE de 29 de julio de 2005).

2ª. Sobre la composición del Consejo de Museos.

Esta es la cuestión sobre la que ha girado algunas de las observaciones de órganos preinformantes, constituyendo el *leit motiv* de la modificación del Decreto vigente.

Aclarada durante la tramitación la no aplicación directa de la Ley 9/1985, que excluye de su ámbito de aplicación (artículo 1) a los Consejos cuya creación se regula específicamente por otras leyes, como ocurre en el presente caso con el Consejo de Museos previsto en el artículo 32 LM (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 41/2003), el Proyecto de Decreto no estaría obligado a ajustarse, en su composición, al cumplimiento del porcentaje del 75% en cuanto a la representación de las organizaciones sociales existentes, o el conjunto de expertos a la Administración regional en cada sector.

Por el contrario, sí se encuentra obligado a cumplir dos mandatos contenidos en el artículo 32 LM; el primero, de índole general, es que sus vocales deben proceder de las instituciones y sectores relacionados con la actividad museística; el segundo, más concreto, determina que en su composición han de existir necesariamente vocales procedentes de entidades locales y universidades de la Región, así como de los titulares de los museos reconocidos.

Del contraste de la composición que propone el Proyecto de Decreto con la normativa vigente, en lo que atañe a nuestras observaciones, llama la atención de este Consejo que en la composición que se da al Consejo de Museos haya tan importante participación de miembros procedentes de la Comunidad Autónoma, frente a tan escasa representación de otras entidades que tienen relación estrecha con la materia de museos. El pluralismo, reflejado en la Constitución, se encuentra seriamente comprometido en esta composición del Proyecto ya que:

- Los representantes de Entidades Locales han pasado de 6 a 1, siendo ahora propuesto por el Consejo de Cooperación Local, en lugar de la Federación de Municipios de la Región de Murcia.
- Los tres representantes de las Universidades, designados por cada una, han pasado a uno designado por la Universidad de Murcia.
- Se ha suprimido la representación de las Academias Alfonso X El Sabio y de Bellas Artes de Santa María de la Arrixaca.

Ciertamente, en ejercicio de las potestades de autoorganización, la Administración regional puede optar por fórmulas que hagan operativo el funcionamiento de los órganos consultivos, optando por una mayor simplificación y tecnificación, pero sin relegar la de los sectores externos a la misma como plasmación de la participación ciudadana, a través de sus organizaciones representativas, teniendo en cuenta el mandato legal (artículo 32 LM) sobre la necesaria participación de determinadas entidades e instituciones aunque sin cuantificar, tarea que compete al reglamento, según expresa el precitado artículo de la LM.

Respecto a los cambios introducidos, se realizan las siguientes observaciones:

a) La designación de un vocal procedente de las Entidades Locales titulares de los museos reconocidos por la Comunidad Autónoma debe corresponder a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, en lugar de al Consejo Regional de Cooperación Local, considerando que dicha Federación tiene su reconocimiento legal en la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Bases de Régimen Local y, entre sus funciones, destaca la representación, defensa y promoción de los intereses de las Entidades Locales. A mayor abundamiento, el Consejo regional de Cooperación Local, adscrito a la Consejería que ostenta las competencias en materia de régimen local, no tiene expresamente atribuido esta facultad de acuerdo con su Ley de creación (Ley 9/1994, de 30 de diciembre), destacando de su composición el carácter mixto e igualitario de la representación entre la Administración regional (están presentes las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma incluida la proponente) y los Ayuntamientos, por lo que su composición no es exclusivamente de procedencia municipal.

Además de la anterior observación, el Consejo Jurídico sugiere, ante la importante reducción de la representación de las Entidades Locales titulares de museos reconocidos, que se establezca, de modo similar a otras reglamentaciones de órganos consultivos de la Administración regional, que puedan ser convocados a la sesión correspondiente el Alcalde, o Concejal en quien delegue, con voz pero sin voto, del municipio donde se enclave el

museo o la colección museográfica o, al menos, del Ayuntamiento que sea titular del museo o de la colección en el caso de que no estuviera representado

b) En relación con la representación de las Universidades, que han pasado de tres vocales (uno por cada una de ellas) a uno según el Proyecto, que propone a la Universidad de Murcia, el Consejo Jurídico considera que tal determinación carece de cobertura legal al requerir el artículo 32.1.2º párrafo, LM, que sean las propias Universidades (todas) las que designen a su representante. En caso contrario podrían estar presentes las tres Universidades de la Región hasta ahora representadas en dicho órgano, habiendo manifestado su deseo en tal sentido el Rector de la Universidad Politécnica, sin que se haya valorado en el expediente.

c) Debería incorporarse también al expediente la justificación por la que se suprimen los vocales de las dos Academias cuando, entre sus funciones específicas, se encuentran la de formar parte de los órganos consultivos de la Administración regional (artículo 6.2,c de la Ley 2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia), teniendo en cuenta que en la designación de los tres vocales de libre designación no se predetermina su procedencia, que es la solución sustitutoria propuesta por el Director de la Real Academia de Bellas Artes Santa María de la Arrixaca.

d) El artículo 32.1.2º párrafo, LM requiere la presencia de representantes de los titulares de museos reconocidos, advirtiéndose la omisión en el Proyecto de un representante del Estado.

3ª. Otras cuestiones.

- Debería recogerse específicamente que el Vicepresidente del Consejo (Director General competente en materia de museos) sustituirá al Presidente (Consejero competente en materia de museos) en los casos de ausencia, enfermedad, u otra causa legal, como se recoge en el Decreto vigente.
- Se echa en falta que no se recoja en una Disposición Adicional la fecha para hacer efectiva la constitución del Consejo de Museos de la Región de Murcia, a la vista de los avatares relatados en la Consideración Tercera.
- Debería colocarse un punto tras Disposición adicional única y Disposición final única, en lugar de los dos puntos.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto.

SEGUNDA.- El Consejo Jurídico entiende, por las razones que se explicitan en la Consideración Segunda, que en lugar de modificar el Decreto 34/2003 sería conveniente sustituirlo por otro nuevo que lo derogue.

TERCERA.- Se consideran de carácter esencial las observaciones que atañen a la participación de las Entidades Locales, Universidades, y la omisión de un representante de los titulares de museos (Consideración Cuarta).

CUARTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora del texto sometido a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 67/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/05/07

Extracto de Doctrina

De conformidad con el régimen legal de la responsabilidad patrimonial y la interpretación que del mismo han hecho los jueces y tribunales en una consolidada doctrina, de la que se ha hecho eco también este Consejo Jurídico (por todos Dictamen 71/2004), la mera constatación de la existencia de un error de diagnóstico no es suficiente para hacer nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando sus agentes despliegan los medios que, de conformidad con la ciencia médica, son precisos atendido el caso concreto y las circunstancias que en él concurren.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. F. M. J. presenta, el 9 de noviembre de 2004, ante el Servicio de Atención al Usuario del Hospital Morales Meseguer de Murcia, una hoja de reclamaciones donde expone que el 30 de julio de ese mismo año sufrió un accidente de tráfico, siendo trasladado al referido Hospital.

Relata el interesado que, tras una larga espera durante la que sufría fuertes dolores y después de hacerle unas radiografías, el facultativo que lo atendió le dijo que no tenía nada, le prescribió unos calmantes y le dio el alta.

Como los dolores eran muy intensos, el paciente acudió a otro médico y, con nuevas radiografías, le diagnosticó fractura de esternón, indicándole que su vida había estado en peligro.

Con fundamento en los hechos relatados, el interesado reclama la “*responsabilidad civil y daños y perjuicios a la persona que corresponda si los hubiere, una vez que usted se informe, ya que no entiendo lo suficiente del tema*”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS).

Por la instrucción se requiere al interesado para que proponga la prueba de la que pretenda valerse, y se comunica la reclamación a la compañía de seguros del SMS y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

En cumplimiento del requerimiento efectuado, el reclamante aporta informe médico realizado por el Dr. J. M. S. C., especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica. En dicho informe se le realiza un diagnóstico de fractura de esternón y dorsalgia, presentando como secuelas, dolor torácico residual y dorsalgia.

Asimismo, acompaña informe radiológico del Dr. G. Y. (Instituto Radiológico del Sureste), fechado el 13 de octubre de 2004, que advierte la existencia de una “*deformidad de segmento del cuerpo esternal apreciándose línea de fractura y cierta diástasis o “decalage” de fragmentos por fractura esternal a nivel del segmento del cuerpo*”.

TERCERO.- El Hospital remite a la instrucción la historia clínica del reclamante y el informe del Jefe del Servicio de Urgencias, Dr. S. M. (folio 9), que se expresa en los siguientes términos:

“El paciente D. F. M. J. consultó en este Servicio de Urgencias el día 30 de julio de 2004 refiriendo dolor torácico secundario a accidente de tráfico con contusión en tórax por el volante de su automóvil.

Después de realizar la correspondiente anamnesis y exploración física se solicitaron radiografías de tórax, parrilla costal y esternón, a fin de descartar cualquier tipo de patología ósea; una vez recepcionadas estas pruebas complementarias no se apreció ningún signo de fractura en ninguna de ellas, siendo dado de alta con el juicio clínico de contusión torácica y tratamiento analgésico y antiinflamatorio.

Revisada la reclamación presentada por el paciente, en donde se imputa presunto error de diagnóstico, afirmando que se apreciaba fractura de esternón, han sido valoradas nuevamente las radiografías y concretamente, la radiografía esternal, no apreciándose ningún signo de fractura por lo que nos reafirmamos en el diagnóstico inicial”.

CUARTO.- Dado que en su reclamación el interesado no cuantifica los posibles daños, tras solicitarle que subsane la reclamación, con fecha 17 de junio de 2005 aporta escrito concretando los daños en *“unos doce mil euros”.*

QUINTO.- Con fecha 20 de mayo de 2005, la instrucción solicita al Hospital las radiografías que se le hicieron al reclamante, siendo remitidas el día 26 siguiente. Tales radiografías no constan en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

SEXTO.- Solicitado a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación, es emitido el 1 de junio de 2006, proponiendo la estimación de la reclamación tras argumentar lo siguiente:

“La fractura de esternón es muy frecuente en accidentes automovilísticos cuando el conductor no usa el cinturón de seguridad y se golpea contra el volante. Se suelen acompañar de fracturas costales y vertebrales.

En traumatismos de gran intensidad pueden originar contusión cardiaca, desgarros en la arteria aorta y roturas traqueales.

El diagnóstico se establece objetivando discontinuidad anterior o posterior de la cortical con o sin desplazamiento.

Con frecuencia las complicaciones derivan del traumatismo torácico y no de la fractura esternal, por lesiones de la pared torácica (fracturas costales con o sin inestabilidad de la pared torácica), por lesiones de la cavidad pleural (hemoneumotórax), o por contusión pulmonar.

El tratamiento quirúrgico es preciso en fracturas con importante deformidad ósea e inestabilidad torácica, mientras que en las fracturas estables o conminutas el manejo del dolor debe ser la conducta a seguir.

En respuesta a las cuestiones planteadas:

- 1.- Qué clase de médico me vio.*
- 2.- Cómo no observó la fractura en las radiografías.*
- 3.- Si las radiografías estaban mal hechas, por qué no las repitió.*

4.- Si no estaba seguro por qué no requirió ayuda de otro compañero.

5. - Qué seguridad tenemos ante estos profesionales.

Pregunto si mi vida fue puesta en peligro al no haber un diagnóstico correcto.

Considera que si se le hubiera diagnosticado en su momento quizás no hubiera tenido ahora las secuelas que tiene y hubiera sufrido menos.

– Todos los médicos que trabajan en los hospitales del Sistema Nacional de Salud son especialistas o licenciados en Medicina y Cirugía en periodo de formación para la obtención del título de especialista.

– La calidad radiográfica del estudio radiológico que realizan en Urgencias del Hospital Morales Meseguer después del accidente, es buena, pero aun así es objetivamente difícil apreciar la fractura del esternón que se produjo, ya que fue una fractura enclavada o empotrada, por lo que no existía pérdida de continuidad en el periostio del hueso ni desplazamiento. No existía necesidad de repetir ninguna radiografía y no existían dudas, no se apreció ningún signo de fractura.

– Una semana más tarde en la radiografía que se hace, ya es muy fácil observar la fractura por dos razones, la reabsorción ósea de los bordes de la fractura para el inicio de formación del callo de fractura, y por el desplazamiento que, en un esfuerzo o golpe de tos, se ha producido en esos días.

– En ningún momento ha existido riesgo vital, ya que la ausencia de complicaciones se descartaron, tanto por la exploración física (auscultación cardiopulmonar normal), como por las otras radiografías sin lesiones óseas asociadas (fracturas costales, etc.).

– Aun sin diagnóstico de fractura esternal el tratamiento fue el correcto, antiinflamatorios y analgésicos para el manejo del dolor, como lo demuestra el hecho, de que a la semana, y ya con el diagnóstico, el tratamiento del Dr.S. al que acude no cambia: AINES y analgésicos.

– El diagnóstico inicial no hubiera modificado la sintomatología clínica, ni la evolución posterior.”

SÉPTIMO.- La compañía de seguros aporta informe médico realizado por especialistas en cirugía general y en cirugía torácica. En dicho informe se concluye:

“1. El paciente sufrió un accidente de tráfico el día 30-07-04, siendo ingresado en la urgencia del HMM, con un fuerte dolor en la región anterior del tórax.

2. Tras la exploración clínica correcta se solicitaron los estudios de imagen oportunos para descartar patología traumática ósea.

3. Las Rx de tórax en 2 posiciones no mostraban fracturas ni de esternón, ni de costillas.

4. El tratamiento instaurado es correcto y el alta de urgencias adecuada.

5. El manejo del traumatismo torácico en la urgencia del HMM es correcto.

6. Posteriormente, 2.5 meses más tarde en un estudio radiológico se aprecia fractura esternal.

7. *Este es un hecho frecuente, descrito en toda la literatura médica. Las fracturas impactadas de esternón se pueden apreciar en las RX días más tarde del traumatismo, sin que por ello varíe el tratamiento inicial.*

8. *Tanto el tratamiento inicial como el que fue instaurado meses más tarde, tras conocerse la fractura, son idénticos.*

9. *De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que la actuación de los profesionales en la urgencia del HMM, fue correcta y de acuerdo con la "lex artis".*

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, el reclamante presenta escrito de alegaciones, en las que insiste en que el doctor que le vio no era especialista y que si la radiografía no era apta para descubrir la fractura existente, debían haberle hecho otras pruebas. Alega también que para él sí que existió riesgo vital al haber realizado actividades que no hubiera hecho de saber que tenía una fractura, y que no se le realizó exploración física sino solamente preguntas y una prueba de la tensión, además de la radiografía. Manifiesta que el médico que le trató con posterioridad le dijo que no le pudo poner otro tratamiento pues esto debía haberse hecho en el momento del accidente.

Afirma, asimismo, que como consecuencia de la tardanza en el diagnóstico se le han ocasionado secuelas permanentes, que identifica con dolores fuertes y cansancio al andar.

Finaliza sus alegaciones el interesado manifestando su oposición a los informes médicos de la Inspección y de la Compañía de Seguros, y solicita una nueva evaluación.

NOVENO.- Con fecha 10 de enero de 2007, la instrucción formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de febrero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por el propio paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa

para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro sanitario en el que se produjo la atención urgente a la que se imputa el daño.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

No obstante, ante la ausencia de pronunciamiento expreso alguno acerca de la prueba propuesta por el paciente en su escrito de alegaciones, consistente en que se le realice una nueva evaluación, ha de recordarse a la instrucción la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos Dictamen 165/2003) acerca del derecho de los interesados a la utilización de los medios de prueba. En este sentido, el artículo 80.3 LPAC, posibilita al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, pero, por su trascendencia para el ejercicio del derecho del ciudadano, rodea tal decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de carácter material, pues ha de ser motivada. Y dicha motivación ha de atender, precisamente, al carácter improcedente o innecesario de la prueba propuesta, bien porque no guarde relación con el objeto del procedimiento –prueba improcedente o, en terminología del artículo 283.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impertinente–, o bien porque no resulte idónea para la aclaración de los hechos –prueba innecesaria o inútil (artículo 283.2 LEC)–. Además, la improcedencia o no necesidad de la prueba, según el artículo 80.3 LPAC, habrá de ser manifiesta, esto es, que se presente de forma clara y patente.

La ausencia de tal resolución expresa de rechazo de la prueba propuesta, así como la omisión, siquiera fuera en la propuesta de resolución, de cualquier motivación para negar la práctica de la prueba solicitada por el interesado en su escrito de alegaciones, convierte tal rechazo en arbitrario, al tiempo que le puede sumir en indefensión, pues no sólo le priva de conocer las razones o argumentos que fundamentan tal decisión para poder combatirla, sino que además le impide traer al procedimiento determinados elementos de juicio que, a su entender, pueden ser relevantes para su resolución.

Ello no obstante, ha de advertirse que una nueva evaluación del paciente resultaría inútil en orden a determinar si en el momento de efectuarse el diagnóstico por el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer se habría podido detectar la fractura, máxime cuando a la vista de las radiografías efectuadas en aquel momento el médico que entonces las valoró se reafirma, en un informe posterior, en la primera impresión de inexistencia de fractura alguna apreciable.

En virtud de lo expuesto, procede que por la instrucción se incluya en la propuesta de resolución una decisión motivada acerca del rechazo de la prueba propuesta con fundamento en la ausencia de necesidad de la misma.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Para el reclamante la causa del daño se encuentra en el diagnóstico erróneo en que incurrió el médico que le atendió en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, que fue incapaz de detectar la verdadera patología que presentaba: una fractura esternal, que fue diagnosticada días más tarde por un médico privado mediante la realización de una nueva radiografía. Como consecuencia de este error de diagnóstico, el interesado alega que ha quedado con secuelas consistentes en dolor torácico residual y dorsalgia.

Atendido el objeto de la reclamación, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, o bien por ser el médico que le atendió incapaz de diagnosticarla con las pruebas practicadas. La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad, y si el facultativo valoró adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como anti-jurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en anti-jurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la anti-juridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, o de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento

de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La historia clínica muestra la atención prestada al paciente en Urgencias hospitalarias el día del accidente, confirmando que se realizaron diversas radiografías y que en ese momento no se apreció en ellas fractura alguna. La valoración de dicha asistencia, y en qué medida en ella podía ya haberse identificado la verdadera etiología de las dolencias que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la aplicación de otras técnicas posibles pero omitidas, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, resultan trascendentales los informes médicos obrantes en el expediente –el especial valor probatorio de estos informes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–.

El informe aportado por el paciente (folios 18 y ss. del expediente) es meramente descriptivo de los síntomas, actuaciones, diagnóstico, tratamiento y secuelas que presenta el interesado, sin efectuar valoración crítica alguna acerca de la asistencia recibida en el Hospital Morales Meseguer, ni pronunciamiento alguno sobre la incidencia de la ausencia de diagnóstico precoz de la fractura en su tratamiento posterior o sobre la posible generación de las secuelas.

La valoración técnica de la asistencia médica prestada sí es realizada por los peritos de la aseguradora de la Administración, para quienes la actuación de los profesionales en Urgencias del Hospital Morales Meseguer fue correcta y de acuerdo con la *lex artis*.

El informe de la Inspección Médica, por su parte, si bien propone la estimación de la reclamación, al valorar las actuaciones asistenciales efectúa las siguientes consideraciones:

- La calidad radiográfica del estudio radiológico realizado en el Hospital Morales Meseguer, después del accidente, es buena.
- Es objetivamente difícil apreciar la fractura.
- No existía necesidad de repetir ninguna radiografía y no existían dudas, no se apreció ningún tipo de fractura.

– La radiografía realizada una semana después (en realidad son dos semanas) ya permite observar la fractura fácilmente, porque ha comenzado a formarse el callo de fractura y porque existe un desplazamiento del esternón que la informante achaca a un esfuerzo o golpe de tos producido en el período comprendido entre los dos estudios radiológicos.

– No ha existido riesgo vital, pues desde el primer momento se descartaron posibles complicaciones o lesiones asociadas.

– El tratamiento instaurado, aun sin diagnóstico de fractura esternal, era el correcto, como demuestra el hecho de que no fue cambiado por el traumatólogo una vez conocida la existencia de fractura.

– El diagnóstico inicial no hubiera modificado la sintomatología clínica ni la evolución posterior.

La existencia de informes médicos diversos y que alcanzan conclusiones no coincidentes obligan a quien tiene encomendada la labor de valorar, desde una perspectiva jurídica, a una actuación técnico-médica, y a efectuar un juicio basado en las reglas de la sana crítica, tal y como impone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A la luz de tales consideraciones, no puede sino concluirse que la asistencia prestada fue ajustada a normopraxis, pues la propia Inspectoría reconoce la dificultad objetiva de apreciar la fractura, razonando porqué 15 días más tarde ya sí es fácilmente apreciable. Del mismo modo, afirma que se descartaron complicaciones o lesiones asociadas, lo que lleva a negar la existencia de riesgo vital para el paciente, cuyo tratamiento fue adecuado a la sintomatología que presentaba y que no hubiera variado de conocer la existencia de la fractura. Finalmente, indica que el diagnóstico inicial no habría variado la evolución posterior. Tampoco afirma la necesidad de practicar pruebas diagnósticas complementarias ante la ausencia de signos de fractura en las radiografías, antes al contrario, manifiesta expresamente que no era necesario repetir ninguna radiografía y que no existían dudas.

Estas consideraciones de la Inspección, además de afirmar tácitamente una adecuación de las actuaciones médicas a la *lex artis* (ratificada expresamente por la pericial de la aseguradora), permiten descartar la existencia de relación causal entre las dolencias del paciente y la asistencia prestada, pues por muy objetiva que sea la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta sólo nacerá cuando pueda imputarse a su actuación el daño causado. Y en este supuesto, ni la ausencia de diagnóstico agravó la situación del paciente ni motivó la instauración de un tratamiento erróneo ni dificultó la resolución de la verdadera patología ni incidió en la generación de las secuelas. De ahí que la propuesta estimatoria que efectúa la Inspectoría informante sólo pueda entenderse desde la constatación del mero dato objetivo que evidencia la existencia de una fractura no diagnosticada, es decir, aplica una concepción de la obligación asistencial como obligación de resultado, no de medios, que es rechazada de forma pacífica por la jurisprudencia, como ha quedado expuesto en las consideraciones precedentes. Y es que, de conformidad con el régimen legal de la responsabilidad patrimonial y la interpretación que del mismo han hecho los jueces y tribunales en una consolidada doctrina, de la que se ha hecho eco también este Consejo Jurídico (por todos Dictamen 71/2004), la mera constatación de la existencia de un error de diagnóstico no es suficiente para hacer nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando sus agentes despliegan los medios que, de conformidad con la ciencia médica, son precisos atendido el caso concreto y las circunstancias que en él concurren.

En consecuencia, si nada permite inferir que de la asistencia prestada en Urgencias, y en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, pudiera detectarse la verdadera naturaleza de su mal, ni ha quedado acreditado en el expediente –pues ninguna prueba en tal sentido ha aportado el interesado– que, atendidas las circunstancias, de la *lex artis ad hoc* se derivara la necesidad o la conveniencia de realizar pruebas diagnósticas diferentes a las practicadas, se impone informar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no concurren en el supuesto sometido a consulta los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDA.- Debe, no obstante, incluirse en la propuesta de resolución un pronunciamiento expreso acerca de la prueba solicitada por el interesado en su escrito de alegaciones, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 68/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. T. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 21/05/07

Extracto de Doctrina

En nuestro Dictamen 40/2005, expresamos que “conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal. La presencia incontrolada de animales en la calzada –dice el alto Órgano Consultivo– no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 6 de febrero de 2003 se presenta en el Registro de la Consejería de Obras públicas, Vivienda y Transportes una reclamación por parte de D. J. T. O., por la que solicita indemnización como consecuencia de los daños sufridos el 17 de noviembre de 2002 en su vehículo Opel Combo, con matrícula X, cuando circulaba por la carretera C-3223, dirección Yecla-Almansa. Manifiesta que, en tal día, a las 14:45 horas, de repente salieron tres perros vagabundos de raza galgo que se cruzaron en la carretera, siéndole imposible esquivarlos, de manera que inevitablemente los atropelló, resaltando el hecho de que se trataba de perros vagabundos, puesto que los mismos carecían de dueño y además se comprobó que no llevaban el correspondiente “microchip” obligatorio. Sigue diciendo que debido al siniestro el vehículo sufrió diversos daños, tal y como consta en la factura emitida por el taller que reparó el vehículo y en el atestado instruido por la Guardia civil del Puesto de Yecla, donde se personó a las 17:30 del mismo día para denunciar los hechos, ascendiendo dichos daños a la cantidad de 858,89 euros. Adjunta al escrito copia de las facturas de reparación y del atestado de comparecencia ante el citado puesto de la Guardia Civil.

SEGUNDO.- Con fecha de 26 de febrero de 2003 se acordó un trámite de subsanación y mejora de la reclamación por el órgano instructor, para requerir al reclamante la aportación de diversa documentación sobre el vehículo, su aseguramiento y la percepción de indemnización por tales hechos. Los documentos requeridos fueron aportados por el reclamante con fecha 9 de abril de 2003, a los que añadió unas fotografías (tomadas, según parece, en el lugar del accidente) de la carretera en cuestión.

TERCERO.- Con fecha 14 de abril de 2003 se solicita informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras.

CUARTO.- Con fecha de 16 de abril de 2004 se solicita del reclamante que acredite la representación que pretende ostentar, pues del permiso de circulación aportado se desprende que el vehículo no le pertenece.

QUINTO.- El 7 de mayo de 2003 se emite informe por la Dirección General de Carreteras en el que manifiesta lo siguiente:

- 1) En esta Jefatura de Sección no se ha tenido conocimiento del accidente indicado en el asunto hasta este momento.
- 2) Entendiendo por fuerza mayor acontecimiento extraordinario, imprevisible y cuando fuere previsible, irresistible, así se ha de entender lo sucedido en este caso, debido a que esta carretera se encuentra clasificada o definida dentro del grupo de carreteras convencionales de acuerdo con la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, es decir, no reúne las características propias de autopista, autovía y vía rápida y, por tanto, no tiene los accesos a las propiedades colindantes limitados y se cruza con otras vías de comunicación al mismo nivel, hecho que impide controlar el paso de algún animal en un momento dado.
- 3) Según el dictamen número 322/93 del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo recogido en su memoria de 1994, la existencia de vallado no comporta necesariamente una relación de causalidad entre los servicios públicos y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación, o pasando el

vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales; en nuestro caso, por tratarse de carretera convencional no tenemos ni la obligación de vallar.

- 4) La Administración no garantiza la indemnidad e impermeabilidad de las calzadas incluso en aquellas que están cerradas, esto es, las autopistas y las autovías.
- 5) De acuerdo con la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial no se debe vallar; además, sería imposible hacerlo por sus propias características de uso. Tampoco resulta necesario señal alguna de paso de animales domésticos (P-23) o de paso de animales en libertad (P-24).
- 6) No se acompaña atestado de la pareja de la Guardia Civil a que se hace referencia por acudir al lugar de los hechos; sólo se aporta la comparecencia en el Cuartel de la Guardia Civil en donde el reclamante expone su versión sobre los hechos.
- 7) No aporta fotos que confirmen los daños del accidente.

SEXTO.- Con fecha 4 de mayo de 2004 el reclamante acredita la representación que le confiere su mujer, titular del vehículo.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de junio de 2004 se solicita a la Comandancia de la Guardia Civil el envío de las diligencias instruidas como consecuencia del accidente objeto de la reclamación, que son remitidas mediante oficio de 30 de junio de 2004. En ellas, además del atestado por comparecencia reseñado anteriormente, consta un acta de inspección ocular extendida a las 16 horas del día del accidente, en la que los agentes actuantes indican los desperfectos del vehículo en cuestión; también se remite otra diligencia en la que se expresa que los agentes se personaron al día siguiente en el lugar de los hechos, procediendo a la retirada de los cadáveres de los perros, y que se han realizado gestiones infructuosas para identificar a su propietario.

OCTAVO.- Con fecha 18 de marzo de 2005 se solicita informe del Parque de Maquinaria, a efectos de que determine el valor venal del vehículo en la fecha del accidente y la valoración de los daños reclamados, informe que es emitido el 5 de abril de 2006, en el que se indica que el valor venal del vehículo en el momento del accidente era de 2.854 euros, y los daños que se reclaman, ocasionados por la colisión con los animales, pueden corresponder perfectamente a los que se deducen de la factura aportada. Su valor, que asciende a 859,89 euros, es conforme con el coste de los mismos en la fecha del accidente.

NOVENO.- El 22 junio de 2006 se otorga el preceptivo trámite de audiencia, presentando alegaciones el reclamante en las que reitera lo expresado en su escrito inicial sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para determinar la responsabilidad de la Administración regional.

DÉCIMO.- El 4 de octubre de 2006 se formula propuesta desestimatoria de la reclamación, por no resultar acreditada la alegada causa del accidente y, en cualquier caso, porque no sería imputable a la Administración, de acuerdo con el informe emitido por la Dirección General de Carreteras.

UNDÉCIMO.- El 6 de octubre de 2006 el Secretario General de la Consejería de referencia, por delegación del Consejero, solicita la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando al expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son aplicables las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al tener conferida la representación de su cónyuge, titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento. Daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y su normativa de desarrollo.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de

su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trata.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto supone una materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. 1. Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, hay que señalar, por un lado, que, frente a lo que señala la propuesta de resolución en el segundo párrafo de su fundamento jurídico tercero, apartado 4, en el sentido de que no se puede considerar acreditado que la causa del accidente fuera la colisión del vehículo con varios perros que irrumpieron en la calzada, tal hecho debe considerarse probado indiciariamente, a la vista de las circunstancias del caso. Así, el que al día siguiente al del accidente los agentes se personaran en el lugar de los hechos indicado por el reclamante y recogieran los cadáveres de los perros en cuestión, y que el Parque de Maquinaria informase que los daños reclamados son acordes con un impacto como el denunciado, permiten llegar a esta convicción.

Lo anterior obliga a modificar el indicado párrafo de la propuesta de resolución, en el sentido expresado.

2. Sin embargo, en lo que se refiere a la imputabilidad del accidente a la Administración pública regional, hay que coincidir con la propuesta de resolución en que el accidente y sus daños no pueden ser achacados al funcionamiento de sus servicios públicos.

Conforme con lo informado por la Dirección General de Carreteras, no existía obligación alguna de vallar los márgenes de la calzada, por tratarse de una carretera convencional, y tampoco concurrían las circunstancias exigibles para instalar señales de advertencia de presencia de animales que pudieran cruzar la calzada (no consta que se tratara de un paraje propicio para ello, por existir, por ejemplo, una reserva de especies o, simplemente, por ser frecuente en la zona este tipo de hechos).

A lo anterior se une el hecho de que el propio reclamante afirma que los perros irrumpieron “*de repente*” en la calzada, es decir, que se trató de un evento sorpresivo, sin que hubiera una presencia más o menos permanente de dichos animales en la vía que los hiciera

deambular por la misma sin control durante un período lo suficientemente largo como para que hubiera sido exigible una intervención de los servicios de vigilancia de la carretera.

En nuestro Dictamen 40/2005, expresamos que *“conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal. La presencia incontrolada de animales en la calzada –dice el alto Órgano Consultivo– no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”*.

En consecuencia, al no poder imputarse el accidente ni sus daños al funcionamiento de los servicios públicos regionales, falta el imprescindible nexo de causalidad exigido por el artículo 139 y siguientes LPAC para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No existe relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente, si bien deberá modificarse lo expresado en el párrafo segundo de su fundamento jurídico tercero, apartado 4, en los términos indicados en la Consideración Tercera II, 1 de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 69/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª S. O. B., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/05/07

Extracto de Doctrina

1. Sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin

olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen nº. 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”. En igual sentido se ha manifestado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes, entre ellos los números 208/2003, 37/2005 y 56/2007.

2. Por parte de la Administración, al no haber traído al expediente el preceptivo informe del servicio médico al que se imputa la mala praxis, sólo se ha aportado un enjuiciamiento técnico sobre los hechos, el de la Inspección Médica. En este dictamen pericial la Inspectora actuante, tras afirmar que la lesión de vísceras es un riesgo específico a la laparoscopia “a pesar de su correcta realización”, concluye proponiendo la estimación de la reclamación. Esta última conclusión encierra una aparente contradicción, al menos en la interpretación de los hechos a la luz de las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial, puesto que si la perforación intestinal no se produjo por una mala praxis médica, no puede estimarse infracción de la lex artis, presupuesto necesario para apreciar la necesaria relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios sanitarios.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2005, D. S. O. B. presenta ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia reclamación patrimonial por los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida. Según la interesada, en fecha 6 de abril de 2005 ingresó en el Hospital N. S. P. S. C., para la práctica de una intervención programada, consistente en ligadura de trompas. La intervención fue realizada por la Dra. L.-M. M., mediante una laparoscopia, siendo dada de alta el mismo día, con cita para el siguiente día 13 para realizar revisión.

Durante el postoperatorio sufrió grandes molestias, haciéndose finalmente tan agudo el dolor abdominal, que se vio obligada a acudir al Hospital N. C., desde donde fue remitida al Hospital Santa María del Rosell. En este último centro hospitalario se le diagnosticó perforación intestinal que había dado lugar a una peritonitis, por lo que tuvo que ser intervenida urgentemente, practicándosele laparotomía y sutura de perforación, siendo dada de alta el día 15 de abril de 2005.

Entiende la reclamante que la causa de la perforación intestinal no fue otra que la mala praxis médica desplegada por los facultativos que efectuaron la intervención de ligadura de trompas.

Con base en dicha afirmación la interesada, aunque indica que aún no ha sido dada de alta definitiva, solicita se incoe el correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial y, tras la práctica de las pruebas a que hubiere lugar, se acuerde el derecho que le asiste a percibir la indemnización que proceda.

Adjunta a su escrito sendos informes de altas hospitalarias. El primero de ellos correspondiente a la intervención realizada el día 6 de abril de 2005 en el Hospital N. S. P. S., y el segundo relativo a la operación quirúrgica llevada a cabo en el Hospital Santa María del Rosell el día 9 de abril de 2004.

Finalmente designa como domicilio a efectos de notificaciones el correspondiente al Letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia, D. C. O. G.-V..

SEGUNDO.- Por Resolución de 23 de junio de 2005 de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), se admite a trámite la reclamación y se designa instructor del mismo al Servicio de Régimen Jurídico del citado Ente Público, que procede a:

a) Comunicar al Director General de Asistencia Sanitaria y a la Correduría de Seguros la reclamación, al efecto de que ésta a su vez lo ponga en conocimiento de la Compañía Aseguradora del SMS.

b) Notificar a la interesada la admisión de su reclamación y la designación de instructor. Asimismo se le informa acerca del plazo máximo establecido para la resolución del procedimiento y su notificación, considerando el efecto que pudiera producir el silencio administrativo, de denegación de la solicitud planteada, todo ello en cumplimiento del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

c) Requerir a los Hospitales N. S. P. S. y Santa María del Rosell, ambos de Cartagena, copia de las historias clínicas de la paciente e informes de los profesionales que le atendieron.

TERCERO.- Con fecha de registro de salida de 13 de julio de 2005, el Director Gerente de Atención Especializada del Hospital Santa María del Rosell, remite fotocopia compulsada y numerada de la historia clínica de la reclamante, correspondiente a la asistencia que le fue prestada en dicho Hospital, así como informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología de dicho centro sanitario, en el que se indica que la intervención quirúrgica, cuyas consecuencias son objeto de la reclamación, se llevó a cabo en el H. N. S. P. S..

La Directora Gerente de este último Hospital, mediante comunicación fechada el día 19 de julio de 2005, envía copia de la historia clínica de la interesada, al tiempo que hace constar lo siguiente:

“Deseamos manifestarle al respecto, que la paciente en cuestión no nos comunicó ningún tipo de anomalía en su evolución post quirúrgica, aunque se le indicó expresamente en el Informe de Alta, textualmente, “consultará en nuestro Hospital si surge alguna complicación antes de la cita indicada”, no acudiendo a nuestro servicio de urgencias 24 horas, ni tan siquiera a través de una consulta telefónica.

Del mismo modo, la paciente también fue informada de los riesgos de la intervención quirúrgica, dando su autorización a la misma aceptando los posibles riesgos y complicaciones propias del acto quirúrgico, como lo prueba el documento de “consentimiento informado” que le adjuntamos.”

En relación con el consentimiento informado que se afirma prestado por la paciente, figuran en la historia clínica los siguientes documentos:

1) Una hoja sin fecha (aunque se deduce de su contenido que correspondiente al mismo día de la intervención quirúrgica), en la que se recoge la siguiente declaración firmada por la reclamante:

“Conozco y acepto bajo mi absoluta responsabilidad los riesgos sanatoriales-médico-quirúrgico-anestésicos que contraigo con motivo de mi ingreso, autorizando tanto a la Institución como a los médicos encargados para que me practiquen los procedimientos de diagnosis, quirúrgicos y terapéuticos que consideren conveniente para mi tratamiento”.

2) Documento de consentimiento informado para actuaciones anestésicas a nombre de la reclamante, pero en el que no aparece su firma, aunque es posible que en el original si que esté, ya que la copia aportada es incompleta al faltar el reverso del documento.

3) Documento de consentimiento informado para tratamiento suscrito por la paciente el día 16 de marzo de 2005, en el que se afirma lo siguiente:

“He sido informado por el médico Dra. L.-M. M., de los riesgos, posibles métodos alternativos de tratamiento y posibles consecuencias del tratamiento por medio de Minilaparotomía con anestesia general para ligadura tubárica bilateral mediante Laparoscopia para esterilización permanente.

Una vez informada, por el presente autorizo al médico indicado para administrar tal tratamiento a mi persona.

Sé que el riesgo de embarazo después de la esterilización es menor al 1%”.

No se acompaña el informe de los profesionales que atendieron a la reclamante.

CUARTO.- Con fecha 16 de diciembre de 2005 la instructora dirige escrito al Director Gerente del H. N. S. P. S., comunicándole que la facultativa que atendió a la reclamante, la Dra. D. P. L.-M. M., no es personal del Servicio Murciano de Salud, lo que le traslada a efectos de que, tanto por el Hospital como por su aseguradora y por la propia facultativa, se informe sobre el contenido de la reclamación, si así lo consideran pertinente.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección de Prestaciones Sociales, se emite con fecha 12 de junio de 2006. En él se afirma que *“la laparoscopia consiste en el abordaje de los órganos mediante la introducción de trócares creando un espacio tras la introducción de aire. Como una técnica quirúrgica más, conlleva unos riesgos, comunes a toda intervención y otros específicos del procedimiento, a pesar de su correcta realización, y que pueden ser poco graves y frecuentes (infección o sangrado de las heridas quirúrgicas, extensión del gas al tejido subcutáneo...), o poco frecuentes y graves (lesión de vasos sanguíneos o de vísceras al introducir los trócares, embolia gaseosa, neumotórax...) que pueden resolverse con tratamiento médico (medicamentos, sueros...) pero pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo mínimo de mortalidad”.*

Tras esta consideración, la inspectora actuante concluye del siguiente modo:

“1. La laparoscopia como cualquier tipo de cirugía está sujeta a una serie de riesgos o complicaciones (a pesar de su correcta realización), como es la perforación de una víscera al introducir los trocares.

2. La ligadura tubárica practicada por vía laparoscópica produjo una perforación de asa ileal y peritonitis, que obligó a realizar una laparotomía por abdomen agudo.

3. Una vez diagnosticada la complicación, las actuaciones sanitarias posteriores resolvieron correctamente la incidencia, obteniendo la recuperación sin secuelas”.

Finaliza la Inspección proponiendo la estimación de la reclamación por el perjuicio causado (intervención quirúrgica por abdomen agudo), pero sin menoscabo físico posterior.

SEXTO.- La instructora envía copia del informe de la Inspección Médica a la Correría de Seguros, con el fin de que se efectúe una valoración de daños. A este requerimiento responde la aseguradora fijando dicha valoración en 3.914 euros, según detalle que se recoge al folio 121 del expediente, pero señala que, a su juicio, una estimación de la reclamación con base en el citado informe sanitario presenta el problema de que en él se describe la perforación como una complicación posible y aceptada por la paciente al firmar el consentimiento informado, lo cual sólo podría llevar a una conclusión desestimatoria de la pretensión deducida por la Sra. O..

SÉPTIMO.- Consta acreditado en el expediente que la interesada interpuso recurso contencioso-administrativos contra la desestimación presunta de su reclamación, el cual se sustancia en el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, bajo el número 361/2006.

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia, los interesados (reclamante, Hospital N. S. P. S. y Dra. D. P. L.-M. M. –esta última a través del citado Hospital–), comparecen los letrados de la interesada y del Hospital que retiran copia de la documentación obrante al expediente que consideran de su interés, pero sin que ninguno de ellos formule alegación alguna.

NOVENO.- Con fecha 19 de octubre de 2006, la instructora emite propuesta de resolución estimatoria, al considerar que el daño soportado por la reclamante devendrá en antijurídico desde el punto y hora que la información que se le facilitó sobre la intervención a la que iba a ser sometida puede calificarse de incompleta y, por lo tanto, no cumple los requisitos para tener por cumplimentado el deber legal de informar al paciente sobre alternativas de tratamiento, riesgos, pronósticos, entre otras circunstancias.

Finaliza la propuesta declarando que corresponde abonar la indemnización, 3.913,83 euros, al H. N. S. P. S., centro concertado, puesto que así se deriva del contenido del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto refundido fue aprobado por R. D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP).

DÉCIMO.- Con fecha 2 de noviembre de 2006, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Procedimiento. plazo para reclamar y legitimación activa.

Analizada la tramitación del procedimiento, se advierte que se ha seguido en líneas generales lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones. No obstante, se advierte que, a pesar de haber sido requerido por la instructora, no se ha incorporado al expediente el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión, infringiendo así el contenido del artículo 10.1 RRP. Esta deficiencia vicia de nulidad el procedimiento, lo que obliga a retrotraer el expediente a la fase anterior a la adopción de la propuesta de resolución, recabando el informe de la Dra. L.-M. M., facultativa que realizó la intervención quirúrgica que la reclamante señala como causa de los daños sufridos o, en su defecto, del Servicio médico del H. N. S. P. S. en el que la citada doctora estuviese integrada en el momento de ocurrir los hechos.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año de producido el hecho lesivo, que el artículo 142.5 de la LPAC fija para la prescripción del derecho a reclamar.

La Sr. O. B., al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en un hospital concertado con la Administración, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

TERCERA.- Legitimación pasiva.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción de reclamación se ha interpuesto frente a la Administración pública sanitaria, si bien del expediente se desprende que el centro donde se le practicó la intervención de ligadura de trompas, el H. N. S. P. S., es un centro concertado con el Servicio Murciano de Salud, al que fue derivada la paciente.

Esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y la titularidad del mismo la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen nº. 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: *“el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”*. En igual sentido se ha manifestado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes, entre ellos los números 208/2003, 37/2005 y 56/2007.

Como plasmación normativa de lo expuesto, la Disposición Adicional Duodécima de la LPAC, introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece: *“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo”*. En similares términos se expresa la Disposición Adicional Primera RRP.

Ahora bien, el hecho de que dicha asistencia haya sido prestada por un centro concertado, que debe asumir la indemnización de daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño se haya producido por causas imputables a la Administración –artículo 161, apartado c, de la LCAP–, sí puede alterar el ente finalmente responsable de los daños, pues, en el caso de que se estimara la presente reclamación de responsabilidad patrimonial por causas no imputables a la Administración regional, ésta debería ejercitar la acción de regreso contra el responsable de los daños.

Consecuentemente con lo anterior la propuesta de resolución debería matizarse en su afirmación final, puesto que la responsabilidad, en caso de declararse, corresponde hacerla efectiva, en primer lugar, a la Administración, aunque, posteriormente, deba repetir contra el centro concertado, salvo que en la producción del daño concurren causas imputables a la Administración.

En todo caso, dada la condición de parte interesada del H. N. S. P. S., se le ha otorgado un trámite de audiencia conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3 RRP, sin que haya presentado alegaciones, aunque sí figura en el expediente un informe de la Directora Gerente de dicho Hospital (folio 55), cuyo contenido ha sido transcrito en el antecedente tercero.

La resolución que finalmente adopte el órgano competente habrá de ser notificada al centro concertado presuntamente causante de la lesión (artículo 58.1 LPAC).

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial.

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

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

- a) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica;
- b) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla;
- c) que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos;

- d) que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículos 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

La reclamante imputa a los servicios públicos sanitarios una actuación negligente en la realización de la primera intervención de ligadura de trompas, lo que ocasionó una perforación de intestino y, consecuentemente, una peritonitis, con el consiguiente perjuicio y menoscabo físico, lo que evidencia que el servicio sanitario, en la praxis seguida con la paciente, no se ajustó a la “*lex artis*”.

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

La reclamante, a quien incumbe probar el incumplimiento de la praxis médica en la intervención quirúrgica conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha probado que la intervención realizada en el H. N. S. P. S. fuera incorrecta, habiéndose limitado a sus propias aseveraciones.

Por parte de la Administración, al no haber traído al expediente el preceptivo informe del servicio médico al que se imputa la mala praxis, sólo se ha aportado un enjuiciamiento técnico sobre los hechos, el de la Inspección Médica. En este dictamen pericial la Inspectora actuante, tras afirmar que la lesión de vísceras es un riesgo específico a la laparoscopia “a

pesar de su correcta realización”, concluye proponiendo la estimación de la reclamación. Esta última conclusión encierra una aparente contradicción, al menos en la interpretación de los hechos a la luz de las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial, puesto que si la perforación intestinal no se produjo por una mala praxis médica, no puede estimarse infracción de la *lex artis*, presupuesto necesario para apreciar la necesaria relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios sanitarios.

Dado el especial valor que, en la apreciación de las pruebas practicadas en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria, se otorga al informe de la Inspección Médica, considera el Consejo Jurídico que procede completar la instrucción requiriendo a dicho órgano para que, atendido el contenido de la historia clínica y del preceptivo informe del servicio al que se imputa el daño —una vez producida su incorporación—, precise si, a su juicio, hubo infracción de la “*lex artis ad hoc*” en la ligadura tubárica practicada a la reclamante por vía laparoscópica.

QUINTA.- Del consentimiento informado.

Aunque la reclamante nada alega al respecto, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria basándose para ello en la apreciación de que la información facilitada fue genérica e inespecífica, de modo que no puede entenderse cumplimentada la obligación legal de proporcionar al paciente información sobre los riesgos típicos de la intervención, alternativas existentes y consecuencias que dicha intervención pudiera ocasionar.

En relación con esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a la que corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que “*es cierto que la fórmula que figura en el impreso —una vez informado de los métodos, etc.— es genérica, pero el contenido específico a que se refiere —su concreción en el caso de que se trata— ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante. No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica —para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente— sobre los servicios sanitarios. Es el paciente —o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye— quien puede y debe solicitar —si lo considera necesario— que se le dé una información más elocuente y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito*” (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o

tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendería que tal información se hubiese facilitado.

Del análisis de las circunstancias concretas del caso que ahora examinamos, se desprende que esa información a la paciente existió y que, por lo tanto, el consentimiento prestado hace que el daño padecido no resulte antijurídico. Los elementos de juicio que permiten esta última afirmación son los siguientes:

1º. El hecho altamente indicativo de que la reclamante, en vía administrativa, no aduzca en momento alguno la insuficiencia o falta de claridad de la información recibida sobre la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometida. La cuestión la plantea “*ex novo*” la instructora en su propuesta.

2º. La intervención le fue planteada a la interesada en una sesión clínica, en concreto la del día 16 de marzo de 2005, y fue por ella aceptada (folio 67) y, posteriormente, el mismo día de la intervención, es decir, el 6 de abril de 2005, se ratifica en dicho consentimiento. Existe, pues, entre ambos momentos un tiempo suficiente para que la reclamante recabara, si así lo estimaba necesario, nuevos detalles sobre la operación a la que iba a someterse. Esta posibilidad de solicitar nueva información considera la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 7 de mayo de 2002, que tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, haciendo recaer en el paciente la obligación de acreditar que la información no fue suficiente.

En consecuencia, no cabe entender que el consentimiento prestado por la interesada para ser sometida a la intervención esté viciado por la falta de información previa.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución, al estimar necesario el Consejo Jurídico que se complete la instrucción incorporando el preceptivo informe del servicio al que se imputa la comisión del daño y requiriendo a la Inspección Médica que efectúe la aclaración que se contiene en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera la responsabilidad, en caso de declararse, corresponde hacerla efectiva, en primer lugar, a la Administración, aunque, posteriormente, deba repetir contra el centro concertado, salvo que en la producción del daño concurren causas imputables a la Administración.

TERCERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Quinta, no cabe entender que el consentimiento prestado por la interesada para ser sometida a la intervención estuviera viciado por la falta de información previa.

CUARTA.- Según se indica en el Antecedente Séptimo la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo, pero no existe constancia del estado actual del procedimiento, por lo que se estima necesario que por el Servicio Murciano de Salud se recabe de su representación letrada información al respecto, incorporándola al expediente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 70/07.- Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente: "Modificado nº 1 de Conexión de la Autovía AP-7 en Alhama de Murcia con el Campo de Cartagena"

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

Fecha: 23/05/07

Extracto de Doctrina

1. *El Vicesecretario carece de atribuciones para realizar informes jurídicos fuera de los casos en que expresamente lo ha previsto la Ley (art. 53.2 de la Ley 6/2004, por ejemplo).*

2. *Es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevistas para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, "(...) el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese "ius variandi", en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio "ne varietur" (S de 16 de abril de 1984).*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según el expediente remitido, son antecedentes del procedimiento de contratación los siguientes:

1º) El 7 de octubre de 2005 la Consejería consultante formalizó con la Unión Temporal de Empresas formada por F. C., S.A., I. T. S.A. (I) y S. A R., C. O. (S.), un contrato relativo a las obras de "AUTOVÍA DE CONEXIÓN DE LA A-7 EN ALHAMA CON EL CAMPO DE CARTAGENA", por un importe de 95.666.257,05 euros; se enumeran las mejoras propuestas en su oferta por la adjudicataria, consistentes en la explanada, en los firmes, en las obras de fábrica, en la señalización y, finalmente, mejoras estéticas en las estructuras y en el entorno. El contrato se adjudicó el 5 de octubre de 2005, previa aprobación del proyecto el 3 de junio de 2005.

2º) Ese mismo día se levantó el Acta de Comprobación del Replanteo, manifestando que "se están estudiando diversas propuestas del Ayuntamiento de Alhama en relación fundamentalmente con la tipología de los enlaces contemplados en el Proyecto, así como el tra-

tamiento definitivo de protecciones y afecciones al trazado del actual oleoducto, planteado por la empresa R.". No obstante, se autorizó al contratista para que iniciara los trabajos.

3º) El día 30 de mayo de 2006, el Ingeniero director de las obras formuló una solicitud para la redacción de un proyecto modificado que comprendiera las obras necesarias para dar cabida en el proyecto a las mejoras introducidas por el contratista, a las modificaciones derivadas de solicitudes formuladas por diversos organismos, y a las surgidas como incidencias en el transcurso de los trabajos, valoradas en 12.684.490,5 euros.

4º) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.2, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) la propuesta es sometida al informe del servicio jurídico de la Secretaría General, suscrito por su jefe el 4 de julio de 2006 después de haber solicitado al Servicio de Contratación y a la Dirección General de Carreteras que facilitasen información del expediente. Distingue dos clases de causas para la modificación, siendo la primera las derivadas de las mejoras constructivas ofrecidas por el contratista, que implícitamente informa favorablemente, si bien respecto al cambio de firme duda que sea calificable como mejora, dado que simplemente parece un cambio. La segunda clase de causas son las que surgen de la petición de distintos organismos, señalando lo siguiente:

- La del Ayuntamiento de Murcia (pedáneo de Lobosillo) sobre cambio de tipología del enlace 10 para garantizar el paso peatonal entre diversas pedanías no puede considerarse causa nueva, dado que la Junta Vecinal de Lobosillo ya lo había solicitado en sus alegaciones del año 2003 en trámite de información pública.
- Las de la Confederación Hidrográfica del Segura, Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena, R. y Ayuntamiento de Murcia, tampoco pueden considerarse causas nuevas, ya que estos organismos gozaron de un periodo de información pública para realizar alegaciones, resultando que, en el caso de R., ya las había formulado en dicho trámite, de forma casi literal a como ahora se indica en la petición de autorización para redactar el proyecto modificado.

A la vista de todo ello considera que, por muy razonables que puedan ser las causas de la modificación, no constituyen las necesidades nuevas o causas imprevistas que fundan el poder de modificación según el artículo 101 LCAP, por lo cual no informa favorablemente la propuesta.

5º) Tras un informe del Director de la obra (14 de julio de 2006), ampliatorio de las causas de la modificación, consta otro del Vicesecretario (18 de julio de 2006), emitido según dice a solicitud del Secretario General y que, a la vista de los informes del Servicio Jurídico y de la Dirección de obra, concluye que "parece que la protección del interés público demanda el mantenimiento del vínculo existente, con las modificaciones propuestas, antes que su extinción, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan al amparo de la normativa de contratación", finalizando así: "El presente informe se somete a cualquier otro mejor fundado en derecho".

6º) El 19 de julio de 2006 se autorizó por el Consejero la redacción del proyecto y el 16 de noviembre se ordenó la suspensión temporal parcial de las obras y la ampliación de plazo hasta el 30 de abril de 2007.

7º) El día 21 de noviembre de 2006 la Oficina Supervisora de Proyectos emitió informe relativo al proyecto modificado exponiendo así las modificaciones propuestas:

A) Cambio sustancial en las obras de drenaje.

B) Cambio en la tipología estructural del tablero de todas las estructuras.

C) Cambio en la tipología de los enlaces nº 3 y nº 10.

D) Respecto a las reposiciones de servicio, se han producido aumentos presupuestarios destacables con respecto al proyecto original, teniendo que realizar modificaciones impuestas por las empresas suministradoras y explotadoras, destacando las obras pedidas por R. para la seguridad del oleoducto, que supone un incremento del 424,63 por ciento.

E) Valora las obras adicionales del proyecto en un adicional líquido de 12.697.691, 38 euros, lo que representa un 13, 27 por ciento del presupuesto líquido vigente.

F) Indica que las mejoras técnicas ofertadas por el adjudicatario han quedado recogidas en el proyecto modificado, y que *“...la falta de concreción en algunas mejoras de la oferta, tienen difícil verificación cualitativa y cuantitativa.”*

8º) El 24 de noviembre de 2006 la contratista prestó su conformidad al proyecto modificado y, ese mismo día, el Consejero dictó orden por la que lo aprobó técnicamente, extendiéndose el Acta de Replanteo Previo el 27 de noviembre.

9º) El 21 de febrero de 2007 el Secretario General de la Consejería, por delegación del Consejero, ordenó iniciar el expediente de contratación, formulándose una propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno para que autorizase la celebración del contrato y el gasto del Proyecto Modificado, con un presupuesto adicional líquido de 12.697.691,38 euros, IVA incluido, que representa un 13,27% de aumento sobre el presupuesto de adjudicación.

10º) Remitido el expediente a la Intervención General, emite ésta su informe de fiscalización el 20 de marzo de 2007, formulando los siguientes reparos:

A) Incumplimiento del artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio (BOE 21 junio 2000, núm. 148, TRLCAP), y del artículo 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por incorporarse a la propuesta de modificación las mejoras introducidas por el adjudicatario en su oferta. Realiza un análisis crítico de la adecuación al ordenamiento de esta técnica de admisión de mejoras, concluyendo, igual que en otras ocasiones, que en realidad se trata de las variantes citadas por el artículo 87 TRLCAP.

B) Las obras que derivan de solicitudes formuladas por diversas entidades y organismos no parecen deberse a necesidades nuevas o a causas imprevistas, ya que el expediente había sido sometido a información pública dos veces, y remitido a los Ayuntamientos respectivos; constituyen, más bien, errores del Proyecto o mejoras que se quieren introducir.

C) En relación al plazo de ejecución de las obras previstas en el proyecto modificado, destaca la contradicción existente entre varios documentos del expediente, ya que mientras el proyecto y el informe de supervisión señalan el plazo adicional de 3 meses, el informe del Subdirector de Carreteras de 24 de noviembre de 2006 lo cifra en 1,86 meses.

D) Respecto a la inclusión de obras surgidas a consecuencia de incidencias en el transcurso de los trabajos, las califica como errores del proyecto inicial.

E) En cuanto a la necesidad de que las modificaciones sean debidas a causas de interés público, considera que esa cualidad sólo concurre en las derivadas de la solicitud formulada por R. respecto al oleoducto Cartagena-Puertollano.

Por todo lo anterior, no fiscaliza de conformidad la propuesta remitida.

SEGUNDO.- En el procedimiento para la resolución de la discrepancia constan las siguientes actuaciones (art. 17 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General, RCIM):

1º) Informe del Subdirector General de Carreteras, de 27 de abril de 2007. Expone las razones por las cuales considera que las modificaciones propuestas obedecen a razones de interés público.

2º) Informe del director de las obras, de 28 de marzo de 2007. Manifiesta que considera necesarias las obras y que, bajo su punto de vista, constituyen causas nuevas no contempladas en el Proyecto.

3º) Informe del jefe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, de 3 de abril de 2007. Expone que nada tiene que añadir a lo manifestado en su anterior informe, emitido a los efectos previstos en el artículo 59.2 LCAP, y con cita del artículo 7.3 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica

4º) Informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de 24 de abril de 2007. Tras una larga exposición de los antecedentes y consideraciones jurídicas, informa desfavorablemente el levantamiento del reparo por el Consejo de Gobierno, por considerar que las modificaciones no obedecen a causas nuevas o imprevistas.

TERCERO.- A la vista de lo actuado, la Consejería consultante decide elevar al Consejo de Gobierno una propuesta para que, levantando los reparos formulados por la Intervención General, acuerde autorizar la celebración del contrato modificado y el gasto que comporta, sometiéndose ello al Dictamen del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 27 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre la propuesta de resolución de un reparo formulado por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que debe ser decidido por el Consejo de Gobierno (artículo 12.13 LCJ).

SEGUNDA.- Tramitación del expediente y alcance del Dictamen.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales. Es un procedimiento de naturaleza incidental, regulado por el RCIM, que se suscita en el seno de otro principal, el de modificación del contrato inicial, extendiéndose el presente Dictamen sólo a los aspectos que son objeto del reparo formulado por el Interventor General y respecto de los cuales discrepa la Consejería consultante, todo ello con el fin último de levantar el reparo, si procede.

Resulta relevante observar que, sobre la propuesta de modificación, consta un informe jurídico del Vicesecretario de la Consejería emitido con posterioridad al informe del Servicio Jurídico. El artículo 59.2 TRLCAP dispone que los acuerdos de modificación

contractual puedan ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, y el artículo 3 de la Ley 4/2004, de 10 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Administración regional (LAJMU), establece que el asesoramiento jurídico-administrativo de las distintas Consejerías y Organismos Autónomos de la dicha Administración, en las materias propias de su competencia, será prestado por las correspondientes unidades de naturaleza administrativa, con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Decretos de estructura orgánica; y, por último, el artículo 10 del Decreto n.º 42/ 2005, de 6 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, regula el Servicio Jurídico de la misma. Junto a ello, el artículo 20 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, regula las atribuciones de los Vicesecretarios de la siguiente manera:

“Dependiendo directamente del Secretario General existirá una Vicesecretaría, cuyo titular ostentará el máximo nivel administrativo y tendrá las competencias sobre servicios comunes que le atribuya el Decreto de Estructura Orgánica del Departamento y, en todo caso, las de:

a) Prestar al Secretario General la asistencia precisa para el más eficaz cumplimiento de sus cometidos y, en particular, la eficiente utilización de los medios y recursos materiales, económicos y personales que tengan asignados.

b) Gestionar de modo inmediato los servicios comunes de la Consejería.

c) Proponer lo relativo a la organización, racionalización y métodos de trabajo de dichos servicios.

d) Gestionar el archivo e inventario de los bienes de la Secretaría General y coordinar, en esta materia, a todos los órganos directivos de la Consejería.

e) Recabar de su servicio jurídico el informe de las propuestas de resolución de recursos y reclamaciones que sean competencia de la Consejería.

f) Las demás atribuciones que le confieran las leyes y reglamentos.”

A la vista de tales determinaciones legales se debe concluir que el Vicesecretario carece de atribuciones para realizar informes jurídicos fuera de los casos en que expresamente lo ha previsto la Ley (art. 53.2 de la Ley 6/2004, por ejemplo), y transgredir tal límite supone una infracción del artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 10 del Decreto n.º 42/ 2005, de 6 de mayo, y con el artículo 3 LAJMU, razones por las cuales dicho informe carece de validez.

El Interventor General expone un reparo sobre el plazo de ejecución del contrato manifestando la contradicción que existe entre diversos documentos del expediente, asunto sobre el que no se manifiesta la Consejería en sus informes explicativos, pero que cabe calificar de subsanable con anterioridad a la elevación de la propuesta al Consejo de Gobierno.

TERCERA.- Sobre la justificación de las necesidades nuevas o imprevistas que motivan la modificación.

Dispone el artículo 101.1 TRLCAP que *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los*

elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

Es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, “(...) *el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio “ne varietur”* (S de 16 de abril de 1984).

I. Según la Intervención General hay incumplimiento del artículo 101 TRLAP y del artículo 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por incorporarse a la propuesta de modificación las mejoras introducidas por el adjudicatario en su oferta. Realiza un análisis crítico de la adecuación al ordenamiento de esta técnica de admisión de mejoras, concluyendo, igual que en otras ocasiones, que en realidad se trata de las variantes citadas por el artículo 87 TRLCAP.

Frente a ello la Consejería consultante no aduce razonamiento alguno, aunque en el informe del Servicio Jurídico evacuado antes de la aprobación del proyecto modificado se dice que la incorporación de dichas mejoras al mismo es un acto obligado para la Consejería, dado que fueron aceptadas por ella y figuran en el contrato. Por otra parte, el informe de supervisión, reiterando lo expresado en otros casos semejantes, indica que “...*la falta de concreción en algunas mejoras de la oferta, tienen difícil verificación cualitativa y cuantitativa*”, por lo que recomienda para próximos expedientes que en la licitación se recojan concreciones sobre la clase de unidades de obra a mejorar o introducir.

Ante esta situación de controversia, incluso si se aceptara que las mejoras propuestas constituyen las variantes a que se refiere el artículo 87 TRLCAP, pugnan dos actuaciones contradictorias de la propia Consejería, ya que mal compatibiliza tratar como nuevas unas causas de modificación que están en el propio contrato. Aunque tal actuación cabe ser calificada de irregular y de escasa congruencia con el régimen jurídico de los contratos públicos, debe considerarse que se ha despertado en el contratista una legítima expectativa de ejecutar la obra con arreglo a las denominadas mejoras que él propuso, incorporadas ya a la relación jurídica, razón por la que en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas se ha previsto que dichas mejoras se incorporen al proyecto mediante una addenda (apartado 9.2), tal como el Interventor General indica. El acto del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transporte de aprobación de la modificación contractual, al contar con la conformidad de la contratista y la previa aprobación técnica, reúne los requisitos necesarios para tener por aprobada la Addenda citada, de conformidad con el artículo 66 LPAC, que, por tanto, deberá ser extraída del proyecto.

II. Según la Intervención las obras que derivan de solicitudes formuladas por diversas entidades y organismos no parecen deberse a necesidades nuevas o a causas imprevistas, ya que el expediente había sido sometido a información pública dos veces, y había sido remitido también a los Ayuntamientos respectivos; constituyen, más bien, errores del Proyecto o mejoras que se quieren introducir.

A) Reposición de la Red de Riego de la Comunidad de Regantes del Campo de Cartagena. Según el expediente, el 29 de julio de 2004 tal Comunidad remitió un plano con sus instalaciones. El 3 de febrero de 2006, según consta en el expediente instruido para la modificación, remitió un escrito a la contratista significando que las reposiciones de servicios previstas no se ajustan a las prescripciones técnicas establecidas por esa Corporación, motivo por el cual se propone la modificación en el sentido indicado, modificación que supone una elevación del 45,18 por ciento respecto a lo presupuestado.

B) Reposición del oleoducto Cartagena-Puertollano. La empresa explotadora, R., había realizado alegaciones el 6 de abril de 2005 manifestando la incompatibilidad de los cruces entre el proyecto de autovía y el oleoducto, por razones de seguridad y explotación del mismo, alegaciones que reitera el 8 de julio de ese año y que se utiliza para justificar la modificación, que supone un 424,63 por ciento respecto a lo presupuestado. A la vista del expediente instruido hay razón bastante para la formulación del reparo, ya que no existen indicios de que se desconociese la necesidad con antelación y, por ello, no existiría fundamento que ofrecer para que el Consejo de Gobierno autorizase que se levante.

C) Solicitud del Ayuntamiento de Alhama para conciliar la autovía con las previsiones del Plan General Municipal de Ordenación Urbana, proponiendo que se considere la realización de un enlace nuevo y la modificación del tipo de los enlaces 1 y 3. El Ayuntamiento de Alhama adoptó un acuerdo el 2 de agosto de 2004 manifestando su conformidad con el proyecto; el 8 de junio de 2004 el BORM había publicado el avance de la revisión-adaptación de su PGOU; el 30 de noviembre de 2005 formula la corporación municipal un nuevo acuerdo solicitando que se consideren las modificaciones expresadas; el 7 de marzo de 2005 el BORM publicó la aprobación inicial de la revisión-adaptación del PGOU. El proyecto de autovía se aprobó el 3 de junio de 2005. Los datos hablan por sí mismos de la imposibilidad de considerar como nueva una causa conocida con anterioridad.

D) Solicitud de la Junta Vecinal de Lobosillo (Murcia) para la modificación del enlace número 10. Para justificar la modificación se adjunta un escrito del Teniente-Alcalde de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, fechado el 20 de abril de 2006, dando traslado de otro escrito de la Junta Vecinal de Lobosillo (que no se acompaña), planteando el cambio de tipología del enlace número 10, para facilitar la conexión de dicha pedanía con Los Urreas y Balsapintada. Consta que en el trámite de información pública la misma Junta Vecinal había remitido un escrito el 12 de agosto de 2004 al Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes manifestando su absoluta disconformidad con la solución dada al enlace número 10, dado que supone la separación del núcleo urbano de Los Urreas del casco de Lobosillo, afecta a 10 hectáreas previstas para el crecimiento urbano de esta pedanía e invade zona urbanizable industrial que tiene inicialmente aprobado el planeamiento de desarrollo. Tampoco existen datos que permitan considerar como nueva esta causa, puesto que era conocida con anterioridad.

E) La Confederación Hidrográfica del Segura, mediante escrito registrado de entrada en la Consejería el 11 de noviembre de 2005 remite sus observaciones, formuladas a efectos de obtener su autorización para la ejecución de las obras proyectadas, autorización requerida

por el artículo 24, a) y 77 de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba su texto refundido). Las modificaciones afectan al puente sobre el río Guadalentín (para no afectar al dominio público), a los 5 viaductos previstos. Es cierto que el escrito de la Confederación se remitió después de la adjudicación del contrato, pero debe advertirse que, como recuerda el reparo de la Intervención General, el artículo 134 del Reglamento General de Desarrollo de la Ley de Contratos dispone que *“realizada, en su caso, la correspondiente información pública, supervisado el proyecto, cumplidos los trámites establecidos y solicitados los informes que sean preceptivos o se estime conveniente solicitar para un mayor conocimiento de cuantos factores puedan incidir en la ejecución o explotación de las obras, el órgano de contratación resolverá sobre la aprobación del proyecto”*, lo cual supone, *a sensu contrario*, la prohibición de aprobar proyectos sin que se hayan obtenido todas las licencias. Conforme a ello, no puede concluirse que las condiciones de la Confederación fuesen imprevisibles, pues bastaba con haber cumplido el precepto transcrito.

III. La Intervención General añade que las obras surgidas a consecuencia de incidencias en el transcurso de los trabajos pueden calificarse de errores del proyecto inicial. Estas obras son de muy diversa naturaleza, tales como reposición de balsas e invernaderos construidos, según se dice, con posterioridad a la redacción del proyecto. Cumpliendo con rigurosidad lo preceptuado por el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contratos, según recuerda el Servicio Jurídico de la Consejería en su informe de 4 de julio de 2006, emitido sobre la propuesta de modificación, estas incidencias no debieran producirse, mas no existen en el expediente signos indicativos que permitan deducir la falta de novedad de estas incidencias y, en sentido opuesto, dadas las dimensiones y naturaleza de la obra, es posible concluir que cumplen las previsiones del artículo 101.1 LCAP.

CUARTA.- Recapitulación.

En multitud de ocasiones ha expresado este Consejo Jurídico que la tramitación del procedimiento de contratación de una obra pública de envergadura, como es la de carreteras, implica la necesidad de extremar el celo en la elaboración de los proyectos y preparación de los contratos, cuestión en la que siempre ha insistido la doctrina (DCE 5484/1997, de 13 de noviembre de dicho año), recalcando también la necesidad de justificar las causas alegadas para la modificación (mismo DCE).

En la regulación de la función interventora distingue el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, entre reparos que afectan a elementos esenciales del acto fiscalizado y los que no, teniendo los últimos la virtualidad de no impedir la continuación del procedimiento, operando como una condición suspensiva de la eficacia de dicho acto (art. 97.2). Dados los caracteres que reviste, ése puede ser el caso del reparo formulado respecto a las denominadas mejoras que introdujo el contratista, incorporadas ya a la relación jurídica y, respecto a las cuales, como ya se dijo, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas ha previsto que se incorporen al proyecto mediante una Addenda (apartado 9.2).

Sin embargo, no encajan en el actual ordenamiento las propuestas de modificación contractual en las que es ostensible que no obedecen a causas nuevas o imprevistas, revistiendo el reparo entonces la cualidad de esencial con el efecto suspensivo del procedimiento, siendo tal el caso de las modificaciones propuestas respecto a las peticiones manifestadas por los distintos organismos, referidas en la Consideración Tercera II de este Dictamen. La carencia absoluta de ese carácter nuevo o imprevisto hace innecesario entrar a considerar

el interés público en el que se dicen amparar, pero, en cualquier caso, parece necesario manifestar que es de interés público cumplir la normativa aplicable respetando la realidad material de los diversos trámites que componen el procedimiento de contratación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por las razones antedichas en las consideraciones precedentes, no hay fundamento jurídico suficiente para entender que pueden levantarse los reparos formulados por el Interventor General respecto a la modificación del proyecto relativa a las obras que derivan de solicitudes formuladas por diversas entidades y organismos, dado que el reparo reviste carácter esencial conforme al artículo 96 del TRLH.

SEGUNDA.- El reparo formulado respecto a las denominadas mejoras que introdujo el contratista, incorporadas ya a la relación jurídica y que el propio Pliego de Cláusulas Administrativas ha previsto que se incorporen al proyecto mediante una Addenda, es calificable como reparo no esencial (art. 97.2 TRLH).

TERCERA.- La modificación propuesta relativa a obras surgidas a consecuencia de incidencias en el transcurso de los trabajos, dadas las dimensiones y naturaleza de la obra, es posible concluir que cumple las previsiones del artículo 101.1 LCAP, por lo que existen fundamentos para entender que, respecto a ellas, puede levantarse el reparo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 71/07.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 23/05/07

Extracto de Doctrina

El Reglamento de Organización y Funcionamiento del CIMU es un verdadero reglamento de desarrollo de la LUMU, es decir, es una norma jurídica fruto de la potestad reglamentaria de la Administración regional, y no un producto de la potestad de autoorganización que tienen conferidas las Universidades, ya que el CIMU es un órgano consultivo (en sentido amplio, esto es, incluyendo facultades de propuesta de iniciativas) integrado en la Administración regional, por más que, en razón de sus importantes funciones y de la relevante participación en el mismo de los representantes de la comunidad universitaria, la LUMU le haya querido atribuir la facultad de iniciar el procedimiento de aprobación de su Reglamento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante certificaciones de fecha 14 de marzo de 2006, el Presidente y el Secretario del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia (en adelante, CIMU) hacen constar que en las sesiones celebradas en dicha fecha las Comisiones Académica y Social del citado órgano aprobaron una propuesta de Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia. Aun cuando a dichas certificaciones no se une, como debiera, el texto sobre el que recayeron dichos acuerdos, del expediente remitido se desprende que se refieren al denominado (en el índice de documentos) como primer borrador del Decreto por el que se aprueba el citado Reglamento (doc. nº 1, folios 1 a 15).

SEGUNDO.- El 8 de mayo de 2006, la Dirección General de Universidades emite informe favorable al texto remitido por el citado Consejo, considerando que se ajusta al régimen jurídico establecido en la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (en adelante, LUMU).

TERCERO.- En la misma fecha, el Director General de Universidades formula una memoria-propuesta para que el Consejero de Educación y Cultura eleve al Consejo de Gobierno, para su aprobación mediante Decreto, el texto remitido por el CIMU, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.7 de la citada Ley.

CUARTO.- Remitido el expediente a la Secretaría General de la Consejería, el 12 de junio de 2006 su Servicio Jurídico emite informe en el que indica que, al tratarse de un proyecto de disposición de carácter general de desarrollo de una Ley (la citada LUMU), es preceptivo el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos. En cuanto al fondo, realiza algunas observaciones de carácter puntual, para la mejora del articulado.

QUINTO.- El 19 de junio de 2006 el Director General de Universidades formula una memoria económica sobre el proyecto de Decreto, indicando que el mismo no supone incremento de gasto alguno, pues sólo se regula el funcionamiento interno, estando ya creado y operativo el mencionado Consejo, cuyos gastos de apoyo técnico y administrativo vienen siendo atendidos con los créditos correspondientes de la citada Dirección General.

SEXTO.- Obra en el expediente un segundo borrador de proyecto de Decreto, sin fecha (doc. nº 10).

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 26 de julio de 2006, en el que, por lo que se refiere al procedimiento, considera que falta el preceptivo informe de la Vicesecretaría, y apunta la inidoneidad del Director General antes citado para formular la memoria económica, no obstante lo cual estima que la naturaleza del Decreto permite afirmar la inocuidad de las referidas deficiencias. Por lo que atañe a dicha naturaleza jurídica, considera que se trata de una disposición de carácter reglamentario de desarrollo de la LUMU, siendo preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En cuanto al fondo del Proyecto, realiza observaciones de carácter puntual para la mejora técnica del texto, salvo en lo atinente al proyectado artículo 25.2, segundo párrafo, por no tener previsión en la LUMU, de posterior comentario.

OCTAVO.- El 5 de septiembre de 2006, el citado Director General remite a la Secretaría General de la Consejería un tercer borrador de Proyecto de Decreto, sobre el que

indica que se han introducido las modificaciones oportunas atendiendo las observaciones del anterior informe, salvo la relativa al precepto antes mencionado, por las razones que más adelante se analizarán.

NOVENO.- Con fecha 15 de septiembre de 2006, el Consejero de Educación y Cultura solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que constituye un reglamento de desarrollo de la LUMU, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Contenido del Proyecto.

El Proyecto objeto de Dictamen tiene el siguiente contenido:

- Exposición de Motivos.
- Artículo Único, aprobatorio del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia.
- Disposición Final Única, sobre la entrada en vigor del Decreto al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.
- Anexo, comprensivo del citado Reglamento que, a su vez, se compone de:
- Preámbulo.
- Título I. “*De la naturaleza y régimen jurídico del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia*” (arts. 1 a 3).
- Título II. “*De los miembros del Consejo Interuniversitario*” (arts. 4 a 7).
- Título III. “*De los órganos del Consejo Interuniversitario*” (arts. 8 a 18), dividido en dos Capítulos, dedicados a los órganos unipersonales (Presidente, Vicepresidente y Secretario) y colegiados (las Comisiones Social y Académica y las Subcomisiones de Trabajo), respectivamente.
- Título IV. “*Del funcionamiento del Consejo Interuniversitario*” (arts. 19 a 27).
- Título V. “*La reforma del Reglamento*” (art. 28).

TERCERA.- Procedimiento.

El régimen jurídico del procedimiento que ha de seguirse en la tramitación de la presente disposición es, en cierta forma, singular pues, en virtud de lo establecido en el artículo 7.7 LUMU, la facultad de la iniciativa normativa se atribuye de forma específica al CIMU, que debe aprobar un proyecto de su Reglamento de Organización y Funcionamiento y elevarlo a la Consejería de Educación y Cultura (a la que dicho órgano se adscribe), para que

ésta lo tramite y lo eleve finalmente a la aprobación del Consejo de Gobierno. Así, una vez remitido el indicado proyecto por el CIMU a la Consejería en cuestión, ésta debe seguir los trámites que, para la elaboración de disposiciones reglamentarias, se establecen en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Ello es así porque, como señala el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el Reglamento de Organización y Funcionamiento del CIMU es un verdadero reglamento de desarrollo de la LUMU, es decir, es una norma jurídica fruto de la potestad reglamentaria de la Administración regional, y no un producto de la potestad de autoorganización que tienen conferidas las Universidades, ya que el CIMU es un órgano consultivo (en sentido amplio, esto es, incluyendo facultades de propuesta de iniciativas) integrado en la Administración regional, por más que, en razón de sus importantes funciones y de la relevante participación en el mismo de los representantes de la comunidad universitaria, la LUMU le haya querido atribuir la facultad de iniciar el procedimiento de aprobación de su Reglamento. Podría plantearse la cuestión de si, acaso con la redacción empleada por el citado artículo 7.7, la LUMU pretende dar a este Reglamento el mismo régimen jurídico que el establecido para los instrumentos normativos que son fruto de la potestad de autoorganización de las Universidades (así, de modo paradigmático, sus Estatutos, y también los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de sus Consejos Sociales), supuestos en los que, conforme con la doctrina de este Consejo Jurídico contenida, entre otros, en sus Dictámenes 91/2001 y 16/2004, y siguiendo la doctrina constitucional y del Consejo de Estado, no se está ante normas reglamentarias de la Administración pública territorial competente, sino ante normas internas fruto de la autonormación universitaria, que requieren exclusivamente de un control administrativo de estricta legalidad, y que se plasma en la aprobación de tales normas por dicha Administración, en este punto meramente tutelante.

Sin embargo, y como se ha dicho, no es éste el caso del reglamento que nos ocupa, en cuanto el órgano en cuestión no es universitario (así lo reconocía, por lo demás, y para el análogo Consejo de Universidades regulado en la ya derogada Ley de Reforma Universitaria, la STC 263/87, f. j. 7), sino que, como decimos, está integrado orgánicamente en la Administración regional, si bien con la independencia funcional inherente a su naturaleza, así como con la peculiaridad relativa a la iniciativa del procedimiento de aprobación de su reglamento orgánico, el cual, por lo demás, y como reglamento de desarrollo de la LUMU que es, debe seguir los trámites establecidos en el citado artículo 53 de la Ley 6/2004. Quiere decirse con ello que no puede sostenerse que la Administración regional deba limitarse a un estricto control de legalidad, sino que puede introducir en el texto remitido por el CIMU las modificaciones que estime oportunas en ejercicio de su potestad reglamentaria, con la salvedad que se dirá en la siguiente Consideración.

Esta naturaleza jurídica de reglamento de desarrollo de una ley viene corroborada por el criterio del Consejo de Estado al dictaminar el Reglamento del Consejo de Coordinación Universitaria, órgano estatal análogo creado por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), y que se plasmó en el Dictamen 3353/2003, de 27 de noviembre de 2003, sobre lo que hoy es el Real Decreto 1504/2003, de 28 de noviembre, y que más adelante se comentará.

Consecuencia de lo expuesto es que son exigibles en el presente procedimiento los trámites previstos en el mencionado artículo 53, a cuyo efecto se advierte, tal y como señaló el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, que falta el preceptivo informe de la

Vicesecretaría de la Consejería a que se refiere el número 2 de dicho artículo, informe que deberá emitirse previamente a la elevación del proyecto de Decreto a la consideración del Consejo de Gobierno.

Por otra parte, debe señalarse que el trámite de audiencia y consulta a los sectores interesados, a que se refiere el número 3 del citado artículo, ha de considerarse prescindible en atención a lo dispuesto en la letra d) de dicho número, que así lo permite cuando las entidades interesadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de la norma. En el presente caso, su intervención ha sido aún más intensa, pues tales entidades, representadas en el CIMU, han ejercido a través de éste la iniciativa normativa de que se trata.

CUARTA.- Habilitación legal.

I. A la vista de la naturaleza jurídica del órgano en cuestión, su regulación debe ajustarse a los preceptos básicos sobre órganos colegiados de la Administración que se contienen en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y a la LUMU, especialmente a lo dispuesto en el Capítulo II de su Título I, dedicado específicamente al CIMU.

II. A la vista del Proyecto objeto de Dictamen, puede afirmarse que el mismo se ajusta al mencionado cuerpo normativo, salvo en lo que atañe al proyectado artículo 25.2, segundo párrafo, que establece que *“los rectores o demás representantes de las Universidades públicas de la Región de Murcia no tendrán derecho a voto en los asuntos que afecten exclusivamente a las universidades privadas o de la Iglesia Católica relativos a aspectos de su autonomía que sean de su absoluta competencia y no estén sujetos a ningún tipo de control por la Administración en virtud de normativa vigente directa o indirectamente aplicable”*.

Este precepto pretende dictarse, según el oficio de 5 de septiembre reseñado en el Antecedente Octavo, para evitar un trato discriminatorio hacia las universidades privadas, a la vista de que el artículo 7.9 LUMU establece que *“en los asuntos que afecten exclusiva a las Universidades públicas de la Región de Murcia y en las Comisiones del Consejo Interuniversitario, los rectores o demás representantes de las universidades privadas tendrán derecho a voz pero no a voto”*. Es decir que, frente a lo establecido por la LUMU (que se pronuncia en un concreto sentido, sin establecer la regla, en cierto modo *“inversa”*, que ahora se pretende), el precepto proyectado tiene la finalidad de corregir al legislador regional, en cuanto se viene a sostener que, si no se incluye tal precepto, la sola existencia del artículo 7.9 LUMU daría lugar a una discriminación de los representantes de las universidades privadas frente a los de las públicas en lo tocante a la formación de la voluntad del CIMU.

No pretende, pues, el comentado precepto reglamentario interpretar o desarrollar el citado precepto legal (que hubiera consistido en la –por otra parte muy difícil– determinación general de los asuntos que hubieran de considerarse como de afectación exclusiva a las universidades públicas regionales) sino, como se dice, de añadir una prescripción que *“compense”* lo establecido en este punto en la LUMU, cuando no cabe dudar de la intención del legislador regional al regular este punto. Por ello, no puede considerarse que el precepto reglamentario tendría un alcance interpretativo del artículo 7.9 LUMU, sino una finalidad correctora del mismo, para establecer un supuesto que no contempla dicha ley, la cual podría haberlo introducido si tal hubiera sido la voluntad del legislador. Sin embargo,

y como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico tal función correctora y no interpretativa o de desarrollo de la ley que lo habilita, no resulta propia del reglamento, y ello por más que con tal proceder el reglamento pretendiera dar cumplimiento a una prescripción de una norma de superior rango jurídico (aquí sería, en hipótesis, la Constitución) a la ley a cuyo amparo se dicta el reglamento. Dicha finalidad subordinada del reglamento a la ley habilitante, aquí la LUMU, impide aprobar el precepto reglamentario en cuestión, de forma que si la Consejería estima que el artículo 7.9 LUMU es inconstitucional por dar lugar a una omisión discriminatoria que vulnerase un precepto de la Constitución (o, en general, de una norma prevalente a la propia LUMU), debería promover la modificación del citado artículo.

III. Dicho lo anterior, y aun cuando el objeto del presente Dictamen es el ajuste del Proyecto a la LUMU y no el análisis sobre la constitucionalidad del mencionado precepto u otros de la LUMU, es útil recordar que su artículo 7.9 está inspirado por la redacción original del artículo 30.6 LOU, que establecía que *“en los asuntos que afecten en exclusiva al sistema universitario público, en el Consejo de Coordinación Universitaria y sus órganos, no tendrán derecho a voto los Rectores de las Universidades privadas y de la Iglesia Católica”*. Actualmente, el vigente artículo 30.4 LOU, tras la modificación aprobada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la LOU, establece que *“en los asuntos que afecten en exclusiva al sistema universitario público tendrán derecho a voto el Presidente del Consejo, los Rectores de las universidades públicas y los cinco miembros del Consejo designados por el Presidente”*; es decir, en esencia, la misma prescripción que la versión original del precepto, pero formulada en sentido positivo y no negativo.

Por su parte, el ya citado Real Decreto 1504/2003, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento del Consejo de Coordinación Universitaria, no incluye ninguna prescripción de igual o similar tenor y finalidad que la que pretende introducir *“ex novo”* el proyectado artículo 25.2. Dicho Real Decreto establece en su artículo 18.1, segundo párrafo, que *“en los asuntos que afecten en exclusiva a las universidades públicas, en el Consejo de Coordinación Universitaria y sus órganos no tendrán derecho a voto los rectores de las universidades privadas”*, es decir, la misma redacción que recoge el artículo 7.9 LUMU. Y es de destacar que el Consejo de Estado no formuló objeción alguna al citado Real Decreto, advirtiendo expresamente en el Dictamen 3353/2003, antes reseñado, que éste se centraba en los *“aspectos de constitucionalidad y legalidad”*, entendiendo ajustada al ordenamiento jurídico dicha disposición.

Por su parte, un examen del ordenamiento jurídico comparado autonómico revela que, en el extremo de que se trata, la regulación no es en modo alguno uniforme, sin que deba seguirse necesariamente lo dispuesto por el Estado para un órgano que, aun sin mención expresa en la LOU, la doctrina lo considera como propio de la Administración del Estado. Así, coexisten regulaciones autonómicas sobre el correspondiente órgano de coordinación universitaria en las que no existe ningún precepto similar al comentado de la LOU, y otras en que sí se incluye, destacando en este punto la Ley gallega 2/2003, de 22 de mayo, que en su artículo 15.3 limita el voto de los rectores de las universidades privadas a los asuntos que afecten específicamente a las mismas, sin limitarlo en ningún sentido al resto de integrantes del Consejo Gallego de Universidades, y sin que el posterior Decreto 313/2004, de 2 de diciembre, aprobatorio de su reglamento de organización y funcionamiento, incluya ninguna previsión del tenor de la pretendida por el Proyecto. Asimismo, las leyes 11/2003, de 4 de abril, y 15/2003, de 22 de diciembre, canaria y andaluza, respectivamente, en materia de universidades, ni siquiera prevén la representación de las universidades privadas en

su correspondiente órgano administrativo de coordinación universitaria, siendo así que el mismo, en el que sí participan representantes de las universidades públicas regionales, tiene funciones que se proyectan tanto sobre una como otra clase de universidades. En un punto intermedio, la Ley catalana 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades, diseña un sistema en el que en el órgano de coordinación se contemplan diversas comisiones (“*Juntas*”), estableciendo en su artículo 129.2, d) y 3 que en la Junta del Consejo Interuniversitario catalán participarán y votarán los rectores de las universidades privadas si pertenecen a entidades sin ánimo de lucro y se acogen a la programación universitaria de Cataluña, esto es, a los instrumentos planificadores públicos establecidos al efecto en dicha Ley.

De todo lo anterior se desprende que las prescripciones establecidas hoy en los artículos 30.4 LOU, 7.9 LUMU y en otras leyes autonómicas de similar línea, no pueden considerarse, sin un mayor análisis, como atentatorias al principio constitucional de igualdad en la ley, considerando, además, que la posición jurídica de las universidades públicas y privadas no es idéntica en nuestro ordenamiento, en cuanto las primeras han de ser consideradas como Administraciones públicas (o como entes públicos adscritos a éstas), y las segundas no; y ello no es en modo alguno irrelevante cuando se trata de regular un órgano consultivo que, como el que nos ocupa, y según se expuso, ha de considerarse como propio de la Administración regional, por más que tenga autonomía funcional. Quiere decirse con ello que, partiendo de que no se está ante la regulación de un órgano universitario ni, por ende, se compromete la autonomía universitaria, las CCAA disponen de un cierto margen a la hora de configurar la composición y funciones de esta clase de órganos, máxime cuando son meramente consultivos y de propuesta, como es el que nos ocupa, y que se acoge en ellos, en las respectivas Comisiones, a los diversos sectores de la comunidad universitaria, bien que con un diferente grado en la intensidad de su intervención en las mismas; diferencia ésta que, como se dice, no puede, sin mayor reflexión, ser considerada discriminatoria y vulneradora del principio constitucional a la igualdad en la ley.

En consecuencia, y a los efectos que a este Dictamen interesan, debe concluirse que el proyectado artículo 25.2, segundo párrafo, del proyecto que nos ocupa, de aprobarse, supondría una extralimitación respecto del régimen jurídico establecido en la LUMU para el CIMU, por lo que no procede su aprobación.

QUINTA.- Otras observaciones al Proyecto.

Las siguientes observaciones tienen como objeto precisar y mejorar técnicamente el articulado del Proyecto.

1. Particulares.

– Artículo 2.

Corregir: “...de la Comunidad Autónoma...”.

– Artículo 5, g).

En este precepto se establece como deber de los miembros de las Comisiones del CIMU el de “*cumplir las obligaciones que establece la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia*”. Tal prescripción puede llevar a confusión, pues en la LUMU no se establece obligación alguna para los miembros del CIMU. Sólo contiene una referencia a que los miembros no natos podrán perder su condición en caso de incumplimiento grave o reiterado de sus funciones (artículo 8.2, d), entre otros supuestos; funciones que, en cuanto miembros del CIMU, son determinadas precisamente en el proyectado artículo 5 en

sus letras a) a f), y que hay que distinguir de las funciones del propio Consejo, que son las únicas que regula la LUMU. Por ello, el precepto comentado carece de contenido propio, por lo que debería suprimirse.

– Artículo 7.2.

Corregir: “*de la Comisión de que se trate*”.

2. A la generalidad del articulado.

El Proyecto debería ser revisado en lo que se refiere al empleo de los signos de puntuación, especialmente en lo que atañe al uso de las comas, pues se advierten algunas omisiones indebidas.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe completarse el procedimiento con la emisión del preceptivo informe del Vicesecretario de la Consejería consultante, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar por Decreto el Proyecto sometido a consulta, salvo en lo que se refiere a su artículo 25.5, segundo párrafo, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos establecidos en el artículo 61.3 del Decreto regional 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

TERCERA.- Para la mejora técnica del Proyecto dictaminado, deberían introducirse las modificaciones y correcciones que se indican en la Consideración Quinta sobre las correcciones ortográficas y los artículos 2; 5, g) y 7.2.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 72/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª J. B. O., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. G. B., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 23/05/07

Extracto de Doctrina

Ha de recordarse que en supuestos similares, en que los daños se producen como consecuencia de actuaciones involuntarias de otros compañeros cuyo ánimo no es dañar ni agredir, y en el que los daños son una consecuencia involuntaria y fortuita, es doctrina asentada tanto por el Consejo de Estado como por este Consejo Jurídico que no existe el necesario nexo causal

entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos docentes. En este sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 2079/2001, 1833/2002 y 1609/2002, del Consejo de Estado y, entre otros muchos, el 127/2006 de este Consejo Jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 26 de mayo de 2006, el Director del Colegio Público Antonio Buitrago Gómez, de Cieza, suscribe informe de accidente escolar ocurrido el 24 anterior, a consecuencia del cual el alumno S. G. B., de 5 años de edad, sufrió la rotura de sus gafas durante la clase de religión. Describe lo ocurrido del siguiente modo: *“Una compañera del niño le golpeó en las gafas. Estas cayeron al suelo y se rompieron”*.

SEGUNDO.- También el 26 de mayo de 2006, D. J. B. O., en nombre y representación de su hijo menor de edad, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración educativa, solicitando una indemnización de 130,5 euros.

A dicha solicitud se acompaña la siguiente documentación:

- Fotocopia compulsada del Libro de Familia.
- Factura original de la óptica por el importe solicitado.

TERCERO.- Con fecha 15 de junio de 2006 el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución a la interesada el 23 de junio siguiente. Con fecha 10 de octubre de 2006 (notificada el 19 de igual mes) el Secretario General resuelve el cambio de instructora, designando a la que instruye el expediente.

CUARTO.- A instancia del órgano instructor, con fecha 17 de octubre de 2006, se solicita informe al Director del Centro sobre el acaecimiento de los hechos, que fue evacuado el 26 de igual mes, manifestando lo siguiente:

“– Relato pormenorizado de los hechos. Una alumna de Educación Infantil de 5 años, compañera de S., con un movimiento repentino de brazos, golpeó a S. en las gafas, cayendo éstas al suelo y rompiéndose. No precisó asistencia médica.

- Lugar donde se produjo el accidente. En el aula.
- Profesores presentes. La especialista de Religión y la tutora”.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, no consta que haya formulado alegaciones; tras lo cual, el 28 de diciembre de 2006 fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, por no existir nexo causal entre el funcionamiento del centro público y el daño alegado.

SEXTO.- Con fecha 11 de enero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por quien ostenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la representación legal del menor, y es persona interesada al ser quien debe proveer el abono de los gastos sufridos (art. 154 del Código Civil) y, en consecuencia, quien sufre el daño en sus bienes (art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público Antonio Buitrago Gómez, de Cieza, pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante.

En cuanto al plazo para su ejercicio, la acción se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales (LPAC) y reglamentarios (RRP) que integran esta clase de procedimientos, a excepción del plazo máximo para resolver.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*.

Es de destacar que la reclamante no efectúa una imputación expresa del daño a una determinada acción u omisión de la Administración, por lo que cabe deducir que su reclamación se basa únicamente en el hecho de que el accidente se produjo en un centro de titularidad pública.

En el presente supuesto se coincide con la propuesta de resolución en que, a la vista de lo manifestado por el Director del Colegio Público y la propia reclamante en su solicitud, no existe relación de causalidad entre el daño producido y la prestación del servicio educativo, ya que los hechos se produjeron de forma accidental o fortuita; una compañera del alumno, con un movimiento repentino de brazos, le golpeó en las gafas, cayendo éstas al suelo y rompiéndose, siendo la actuación administrativa indiferente a la producción del daño. De lo anterior se infiere el carácter puramente involuntario de la acción de la compañera, circunstancia que ha sido resaltada por el Director del Centro, y no cuestionada por la madre del menor.

A tal efecto, ha de recordarse que en supuestos similares, en que los daños se producen como consecuencia de actuaciones involuntarias de otros compañeros cuyo ánimo no es dañar ni agredir, y en el que los daños son una consecuencia involuntaria y fortuita, es doctrina asentada tanto por el Consejo de Estado como por este Consejo Jurídico que no existe el necesario nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos docentes. En este sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 2079/2001, 1833/2002 y 1609/2002, del Consejo de Estado y, entre otros muchos, el 127/2006 de este Consejo Jurídico.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

II. La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, no agota, a juicio del Consejo Jurídico, el total de cuestiones que ofrece el expediente tramitado, ya que del ordenamiento podrían derivarse otros aspectos relevantes, dignos de consideración, cuestiones éstas muy frecuentemente reiteradas en Dictámenes anteriores como consecuencia de consultas procedentes de la misma Consejería sobre asuntos sustancialmente semejantes al presente, a cuyas Consideraciones nos remitimos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de Dictamen, por no ser el daño imputable a la Administración regional, ni existir relación de causalidad entre el mismo y el funcionamiento de sus servicios públicos.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 73/07.- Proyecto de Orden por la que se establecen los requisitos a que deberá ajustarse la adaptación de los estatutos sociales de las sociedades cooperativas a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 28/05/07

Extracto de Doctrina

La Dirección General competente sometió el borrador al Consejo Asesor Regional de Economía Social en fecha anterior a que acordara formalmente la iniciación del procedimiento normativo, lo que resulta contrario al “iter” establecido en el citado artículo 53, del que se infiere, con lógica, que lo primero que ha acordarse es la formal iniciación del procedimiento, con la elaboración subsiguiente de un anteproyecto acompañado de las preceptivas memorias técnico-jurídica y económica (artículo 53.1), tras lo cual se deberá someter dicho anteproyecto a las consultas e informes preceptivos que procedan,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de enero de 2007, el Subdirector General de Trabajo de la Consejería de Trabajo y Política Social formula una memoria-informe sobre un proyecto de Orden por la que se establecen los requisitos a que deberá ajustarse la adaptación de los Estatutos Sociales de las Sociedades Cooperativas a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (en adelante, LCOMU). En el mismo se indicaba que el proyecto de Orden elaborado se había sometido al Consejo Asesor Regional de Economía Social, regulado por los Decretos 48/1990, de 5 de julio, y 100/1991, de 7 de noviembre, cumplimentado así la consulta a las organizaciones empresariales de economía social afectadas por la futura Orden. También se informaba de que el impacto por razón de género de dicha disposición sería neutro, y que debían solicitarse los informes preceptivos del Servicio Jurídico y de la Secretaría General de la Consejería.

A dicha memoria-informe se adjuntaba una certificación de la Secretaria del citado Consejo Asesor en la que se expresaba que, en su sesión de 23 de enero de 2007, dicho órgano consultivo había tratado el referido proyecto de Orden.

Con la misma fecha antes indicada de 4 de enero de 2007, el Director General de Trabajo propone a la Consejera que, tras los trámites oportunos, apruebe el mencionado proyecto de Orden.

SEGUNDO.- El 22 de febrero de 2007 se emite informe por el Asesor Jurídico de la citada Secretaría General, ratificado por la Vicesecretaria, en el que se expresa que se trata de un proyecto de disposición reglamentaria de desarrollo de la LCOMU, en concreto, de su Disposición Transitoria Segunda, apartado Uno, que habilita específicamente a la Consejera a los efectos pretendidos en el referido proyecto, debiendo añadirse a los trámites ya realizados la solicitud de Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Considera, por el contrario, que no procede formular memoria económica sobre la futura norma, al no suponer su entrada en vigor ningún coste económico adicional.

En cuanto al fondo del proyecto, lo considera ajustado a la citada Ley, informándolo favorablemente.

TERCERO.- Mediante oficio registrado el 5 de marzo de 2007, el Secretario General de la Consejería, por delegación de la Consejera, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, remitiendo el expediente (en el que, además de los trámites ya reseñados, figura un proyecto de Orden, sin fechar, rubricado por la Consejera) y su extracto e índice reglamentarios.

CUARTO.- Mediante Acuerdos 9/2007, de 12 de marzo, y 10/2007, de 18 de abril, este Consejo Jurídico requiere a la Consejería consultante para que complete el certificado relativo al informe del Consejo Asesor citado sobre el asunto de referencia, por no hacerse constar en el certificado obrante en el expediente el contenido de la deliberación y el sentido del informe, así como que subsane la omisión de la memoria-económica, pues *“frente a lo expresado en el informe jurídico de 22 de febrero de 2007, de la Secretaría General de la Consejería consultante, en el sentido de que no es procedente elaborar tal estudio porque la aprobación de la Orden no supondría ningún coste económico adicional para la Administración, ha de señalarse que tal aprobación implicará, sin duda, el empleo de medios personales y materiales de la misma, es decir, le ocasionará un gasto hasta este momento inexistente, por lo que el estudio de la repercusión económica del proyecto es en todo caso exigible. Cuestión distinta es que, en tal estudio, una vez realizada una estimación sobre el número de expedientes que generará el proceso de adaptación estatutaria de que se trata (con la consiguiente inscripción o denegación de la misma en el Registro de Sociedades Cooperativas), el órgano gestor determine que ese gasto adicional puede ser afrontado con los medios personales y materiales y créditos presupuestarios disponibles. Sólo en el hipotético caso de que se estimase que el proyecto de norma generaría obligaciones económicas no previstas en los Presupuestos regionales, habría de recabarse, además, el informe a que se refiere la Disposición Adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia”*.

QUINTO.- Mediante oficio registrado el 3 de mayo de 2007, la Consejería cumplimenta lo requerido por los citados Acuerdos, remitiendo una certificación de 24 de abril de 2007 de la Secretaria del Consejo Asesor Regional de Economía Social en la que indica que, en la sesión correspondiente, no se formularon observaciones al proyecto de Orden en cuestión, siendo informado favorablemente por unanimidad de dicho Consejo Asesor; también se remite un informe, de la misma fecha, del Subdirector General de Trabajo, en el que se analiza el coste económico de la aprobación de la futura norma, concluyendo que, al igual que sucedió con las tareas relativas a la adaptación estatutaria de las cooperativas a la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, la futura Orden no supondrá gastos para la Consejería superiores a los previstos anualmente en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de disposición reglamentaria de desarrollo de una ley regional, en concreto, la LCOMU,

concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Contenido del Proyecto de Orden.

El Proyecto de Orden objeto de Dictamen tiene el siguiente contenido:

- Exposición de motivos.
- Artículo Único.
- Disposición Final Primera, sobre el título legal habilitante de la disposición.
- Disposición Final Segunda, sobre su entrada en vigor.

TERCERA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido, una vez realizadas las subsanaciones a que se refirieron los Acuerdos 9 y 10/2007 de este Consejo Jurídico, reseñados en el Antecedente Cuarto, permiten afirmar que, en lo sustancial, se han seguido los trámites que para la elaboración de disposiciones reglamentarias establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, aplicable supletoriamente a la potestad reglamentaria de los Consejeros, en defecto de regulación específica.

No obstante, se advierte que a la memoria-informe y a la certificación de la sesión del Consejo Asesor Regional de Economía Social a que se hace referencia en el Antecedente Primero, no se adjuntan los borradores del Proyecto de Orden a que tales documentos se referían, lo que resulta necesario para delimitar el alcance de lo expresado en ellos. No obstante, del expediente se desprende que dicho borrador es el mismo que, como Proyecto de Orden, se somete al presente Dictamen, en tanto no consta ni se deduce que haya sufrido modificaciones durante la tramitación del procedimiento.

Por otra parte, la Dirección General competente sometió el borrador al Consejo Asesor Regional de Economía Social en fecha anterior a que acordara formalmente la iniciación del procedimiento normativo, lo que resulta contrario al “*iter*” establecido en el citado artículo 53, del que se infiere, con lógica, que lo primero que ha acordarse es la formal iniciación del procedimiento, con la elaboración subsiguiente de un anteproyecto acompañado de las preceptivas memorias técnico-jurídica y económica (artículo 53.1), tras lo cual se deberá someter dicho anteproyecto a las consultas e informes preceptivos que procedan, trámites que se prevén seguidamente en los números 2 y 3 de este artículo.

CUARTA.- Competencia y habilitación legal.

El Proyecto de Orden dictaminado, como correctamente afirma su exposición de motivos y Disposición Final Primera, se dicta al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda, apartado Uno, LCOMU, que expresa que la Consejería competente en materia de sociedades cooperativas establecerá los requisitos a que deberá ajustarse la adaptación a la misma de los Estatutos Sociales de las cooperativas constituidas con anterioridad a la vigencia de ésta; requisitos, se entiende, adicionales a los establecidos a este preciso efecto en los apartados Dos y Tres de dicha Disposición Transitoria.

Examinado el Proyecto, ha de considerarse ajustado a lo prevenido en la ley habilitante, por lo que no ha de hacerse objeción alguna al respecto.

QUINTA.- Otras observaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, deben hacerse las siguientes observaciones, dirigidas a conseguir la mejora técnica del Proyecto.

I. A la exposición de motivos.

En el primer párrafo, corregir: “*en su Disposición Transitoria Primera...*”.

En el segundo párrafo, corregir: “*con la Disposición Transitoria Segunda que, a fin de fortalecer...*”.

En el cuarto párrafo, corregir y completar: “*el desarrollo de la Disposición Transitoria Segunda, apartado Uno, se inicie...*”.

II. Al artículo único.

1. En su primer párrafo, completar: “*...Estatutos de las Sociedades Cooperativas constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 8/2006...*”.

2. En su número 1, corregir: “*en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley...*”.

3. El número 2, b) prevé que, en la escritura de adaptación, los otorgantes habrán de manifestar que el capital social mínimo, cuya cuantía establecen los Estatutos Sociales, está totalmente desembolsado, conforme a lo establecido en el artículo 64.2 de la Ley 8/2006.

En tal contexto, parece lógico completar el precepto proyectado exigiendo asimismo a los otorgantes que manifiesten que las aportaciones al capital social posteriores a las consignadas en la escritura de constitución de la cooperativa están acreditadas ante su Consejo Social conforme a lo establecido en el artículo 64.4, segundo párrafo, de la LCOMU; e igualmente, manifestación de que, en el supuesto de aportación no dineraria al capital social, se ha cumplido con lo exigido por el artículo 64.5 de la Ley.

Ello debe ser así en cuanto el citado artículo 64.4 exige con carácter general que, en el caso de aportaciones dinerarias al capital social producidas posteriormente al otorgamiento de la escritura de constitución, “*su realidad habrá de acreditarse al Consejo Rector mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito*”, y parece lógico que se aproveche el otorgamiento de la escritura de adaptación de que ahora se trata para, con la manifestación del cumplimiento de lo dispuesto en dicho precepto, añadir una garantía más acerca del cumplimiento de la nueva Ley.

Igual consideración ha de hacerse respecto de la conveniencia de exigir, en dicha escritura de adaptación, la manifestación del cumplimiento, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 64.5 de la Ley, que exige que el Consejo Rector realice una valoración económica de las aportaciones no dinerarias al capital social (que deberá ser aprobada por la Asamblea General si así lo disponen los Estatutos Sociales).

4. En el número 3, primer párrafo, parece que la intención del precepto es referirse a quienes ostentan la representación “*legal*” de la cooperativa, y no a cualquier apoderado, ya que si no fuera así, el precepto sería innecesario. En tal caso, debería añadirse dicho término al precepto proyectado.

5. En el número 3, b), completar: “*Sociedad Cooperativa, comprensiva de una relación nominal...*”, o similar.

– Disposición Final Primera.

Corregir: “en la Disposición Transitoria Segunda, apartado Uno “in fine”,...”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Consejera de Trabajo y Política Social dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Orden objeto del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse en el mismo las modificaciones y correcciones que se indican en la Consideración Quinta en relación con su exposición de motivos, el artículo único y la Disposición Final Primera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 74/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. Á. C. R., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. Á. C. R., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/05/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 75/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. G. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 28/05/07

Extracto de Doctrina

Lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 2 de abril de 2003 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes una reclamación formulada por Doña E. G. M., solicitando una indemnización de 544'99 euros por los daños y perjuicios producidos a su vehículo, matrícula X, con ocasión del accidente que se produjo el día 12 de enero de 2003, como consecuencia de un socavón existente en la calle San Gil, de La Unión (Murcia). Afirma que al pasar por un tramo cubierto de agua, oyó un fuerte ruido en su vehículo, deteniéndolo, comprobando que en el lugar había un socavón, sin señalización alguna, y que todo ello lo vio también el conductor de otro vehículo, que se paró al ver lo ocurrido.

Adjunta a su escrito fotocopias de un presupuesto de reparación del vehículo, otro documento de reparación del vehículo (no la factura), un escrito de reclamación dirigido en su día contra el Ayuntamiento de La Unión, la resolución de éste desestimándola, por ser la vía en cuestión de competencia de la Comunidad Autónoma, y dos planos de situación de la carretera.

SEGUNDO.- Con fecha de 28 de abril de 2003 se acordó un trámite de subsanación y mejora de la reclamación presentada.

TERCERO.- El 17 de febrero de 2004 se requiere la emisión del informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras, que el 25 siguiente contesta señalando que, para poder informar, deberá indicar la reclamante el punto exacto donde tuvo lugar el accidente, ya que en su reclamación no figura su localización y, por tanto, no pueden determinarse las causas del mismo.

CUARTO.- Con fecha 8 de marzo de 2004 se requiere a la reclamante para que adjunte fotocopia compulsada de determinada documentación, y determine la vía y punto kilométrico exacto en que tuvo lugar el accidente.

QUINTO.- El 1 de abril de 2004 la reclamante cumplimenta el requerimiento, presentando diversa documentación y señalando que el accidente fue en la calle San Gil, de La Unión, en el tramo existente entre el colegio de los deficientes, a la altura de Finca Mayor, aportando varios planos de situación.

SEXTO.- Con fecha 4 de junio de 2004 se solicita nuevo informe de la Dirección General de Carreteras, que se emite el 15 de julio siguiente, del que se destaca lo siguiente:

1) El tramo de carretera donde ocurrieron los hechos es competencia de esta Comunidad Autónoma, estando incluida en la Red de Carreteras de la Región de Murcia.

2) Dado que la causa principal ha sido la existencia del agua en la calzada que ha impedido detectar el bache, y que la acumulación de las aguas pluviales es precisamente la causa de los deterioros en la carretera, no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

3) La carretera se encuentra con iluminación, dado que el tramo está próximo a la zona urbana, aunque no tiene señalización específica para advertir de las causas del siniestro.

4) En el año 1996 se extendió una capa de rodadura a petición del Alcalde de La Unión, con objeto de ceder este tramo de carretera a dicho Ayuntamiento, desconociendo hasta el momento de la reclamación dicha cesión se ha formalizado, por lo que hasta la fecha y co-

incidiendo con nuevas peticiones de cesión de la actual Corporación, se ha considerado este tramo como una calle dependiente del Ayuntamiento, por lo que no se han realizado labores habituales de conservación, ni el Ayuntamiento o particulares han solicitado autorización para las actuaciones realizadas en la zona de protección de la carretera.

SÉPTIMO.- Con fecha 6 de abril de 2005 se solicita informe del Parque de maquinaria a efectos de valorar el daño causado y el valor venal del vehículo en el momento del accidente. Con la misma fecha se solicita de la reclamante una declaración de no haber percibido indemnización alguna por su compañía de seguros.

OCTAVO.- El día 3 de mayo de 2005 se procede a la práctica de la prueba testifical en la persona de D. J. M. C.. Asimismo, se realizan preguntas a la reclamante, que reconoce un pago de su compañía de seguros de 258,62 euros, más IVA, por los daños sufridos, y que ella abonó efectivamente 358'31 (IVA incluido) por los gastos de reparación.

NOVENO.- El 27 de abril de 2006 emite informe el Parque de Maquinaria, en el que se determina como valor venal del vehículo 12.074 euros. Además, expresa lo siguiente:

“En relación a los daños que se reclaman, deducidos de la factura que se adjunta, tengo que decir que, si bien, en términos generales, pueden corresponder a un accidente como el que describe la reclamante, por la existencia de un socavón en la carretera, hay que decir también que son resultado de un golpe muy fuerte en esas circunstancias, por lo que o el socavón era muy hondo o la velocidad del vehículo era alta.

De la lectura de la factura y de la relación de piezas sustituidas, en mi opinión, se observa unas discordancias que paso a comentar:

En primer lugar, en el primer párrafo, al describir los trabajos realizados, bajo el apartado “Descripción” dice textualmente: “Reparar golpe en dirección, sustituyendo car de aceite, brazo transmisión puente. Alineado dirección”.

Pues bien, parece indicar que el carter de aceite del motor se ha sustituido por otro, pero éste no aparece más abajo, en la relación de elementos sustituidos.

En segundo lugar, en la relación de piezas sustituidas, aparece una, denominada “Soporte”, que por el precio de la misma (170 euros), parece que se refiere al soporte del motor o “semicuna”, que no parece muy convincente que se haya visto afectado por el golpe, si éste no es excesivamente fuerte.

Respecto a las demás piezas, precio de las mismas y coste de la mano de obra empleada sí que parece que se ajusta a la realidad”.

DÉCIMO.- Con fecha 26 de mayo de 2006 se acordó el preceptivo trámite de audiencia, sin que conste la presentación de alegaciones.

UNDÉCIMO.- El 6 de octubre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por no considerar acreditado que la causa del accidente fuera un socavón en la calzada, al no constar parte alguno de agente de la autoridad y no considerar suficiente la declaración testifical realizada.

DUODÉCIMO.- El 13 de octubre de 2006 tiene entrada en este Consejo Jurídico un escrito del Secretario General de la Consejería de referencia, en el que, por delegación del Consejero, solicita la emisión del preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser la titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, sin perjuicio de lo que se dirá en la Consideración Cuarta sobre el abono parcial de los daños por su compañía aseguradora. Los daños los imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el daño tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalado, el socavón a que se refiere la reclamación, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización, que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, no puede compartirse lo sostenido por la propuesta de resolución en el sentido de no tener por acreditado que los daños se produjeran por un socavón en la calzada, por no existir atestado ni reportaje fotográfico o levantamiento de acta notarial al efecto, negando valor a la declaración testifical realizada. Conforme con la jurisprudencia recaída en sucesos iguales o análogos al que nos ocupa, la prueba testifical, unida al resto de circunstancias concurrentes en el caso, puede resultar válida para llevar a la convicción razonable de la realidad del suceso y de sus circunstancias.

En el presente caso, existió un testigo presencial, que circulaba detrás del vehículo accidentado, sin que conste su relación de parentesco o amistad con la interesada, que manifiesta haber presenciado el hecho en cuestión, habiéndolo declarado así ante el instructor del expediente, y sin que pueda descartarse su testimonio por el hecho de no recordar las dimensiones del socavón (que se encontraba, además, oculto por el agua que cubría la calzada); en este sentido, y ante la citada declaración testifical, correspondía a la instrucción y a los técnicos de la Dirección General de Carreteras la personación en el lugar de los hechos para comprobar la realidad del socavón y sus características; no habiéndolo hecho, tal circunstancia ha de perjudicar a la Administración.

A lo anterior se une el significativo hecho de que, como informa la citada Dirección General, desde 1996 habían cesado las labores de conservación de la carretera, por creer aquella que había sido cedida al Ayuntamiento, dadas las peticiones en tal sentido del mismo y su cercanía con el núcleo urbano de La Unión. Este abandono en las tareas de

conservación hacen especialmente verosímil que, como declara el testigo, se acumularan aguas (pluviales, según parece) en la calzada, así como el socavón de referencia, no pudiendo aceptarse en modo alguno, como pretende dicha Dirección General, que el hecho de que existieran tales aguas exonere a la Administración, sino todo lo contrario, pues, al no haber acreditado que en la fecha del accidente cayeran lluvias de excepcional intensidad, constituye otra deficiencia en el mantenimiento de la vía.

En un sentido análogo al del caso que nos ocupa, la STS de Murcia de 12 de julio de 2005 afirma lo siguiente: *“aún estando probada la existencia de amistad, no puede sin más desacreditarse al testigo, sino que ha de valorarse la aportación probatoria en relación con el conjunto de circunstancias y, en este caso, está claro por los elementos probatorios existentes en el expediente que la zona donde se produjo la caída se encontraba en obras. La realidad de la caída no puede ser puesta en duda, pues fue asistida la actora, y así consta, por la Policía que la trasladó al Hospital. El conjunto de circunstancias no permite albergar dudas sobre la veracidad del testimonio prestado por la testigo directo de la caída, que es absolutamente verosímil con el escenario que sirve de contexto a los hechos principales en que se basa la reclamación de la actora”*.

Por otra parte, no puede estimarse una posible concurrencia de responsabilidades, en forma de un hipotético exceso de velocidad de la reclamante (como podría intuirse a partir de lo informado por el Parque de Maquinaria cuando apunta a que el impacto debió ser fuerte, dada la entidad de alguna de las reparaciones), porque no consta ni el límite de velocidad existente en la carretera ni las dimensiones del socavón, lo que, como se indicó anteriormente, y a partir de la declaración testifical realizada sin tacha, correspondía acreditar a la Administración.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

Frente a la petición de la reclamante de una indemnización de 554'99 euros, basada en un presupuesto de reparación aportado con su escrito inicial, la factura de fecha 7 de febrero de 2003 posteriormente aportada por aquélla (f. 32 exp.), revela que el importe total de la reparación ascendió a 616'93 euros, resultado de sumar los 358'31 euros que la reclamante abonó efectivamente al taller de reparación y los 258'62 euros que le fueron descontados de dicha factura por haberlos asumido su compañía aseguradora, según se expresa en dicha factura y corrobora la reclamante en su declaración testifical. Por otra parte, el hecho de que, como indica el Parque de Maquinaria, en la factura se valore como servicio prestado la sustitución del carter de aceite del vehículo, pero no aparezca facturada la nueva pieza colocada, puede deberse a un error, que no permite minorar por esta causa el importe final facturado. Consecuencia de todo ello es que la reclamante está legitimada para reclamar la citada cantidad de 358'31 euros, que deberán reconocérsele como indemnización, que deberá actualizarse conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de mantenimiento y conservación de carreteras y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización que ha de reconocerse a la reclamante ha de atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- Por lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 76/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. G. P. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 28/05/07

Extracto de Doctrina

La aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 24 de marzo de 2003 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito dirigido por D. P. G. P. L. a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, de reclamación de indemnización de 200'05 euros por los daños y perjuicios producidos en su vehículo, matrícula X, a causa del accidente que sufrió el día 1 de abril de 2002 en la llanta y una de las ruedas de dicho vehículo, como consecuencia de un socavón en el firme de la carretera comarcal A-22 (p.k. 3'5), entre Hoya del Campo y Abarán.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de abril de 2003 se acordó un trámite de subsanación y mejora de la reclamación presentada, siendo atendido el 22 de mayo de 2003.

TERCERO.- Solicitado el informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras, es emitido el 3 de julio de 2003, en el que se manifiesta lo siguiente:

1) Esta carretera pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Es la A-22 (MU-402 a N-344).

2) No se puede informar con seguridad plena sobre la existencia o no de un socavón hace un año. De acuerdo con el estado actual de la carretera, el tipo de pavimento, las reparaciones que se observan y los partes de trabajo de las brigadas de bacheo que actuaron con misión de bacheo en fechas 12-14 de diciembre del 2001 y 3-4 de julio de 2002, no parece probable la existencia de deterioros en el firme capaces de causar los daños de rotura de llanta que se reclaman.

3) La existencia de un socavón es un deterioro tan importante en un firme, máxime con el ancho de calzada tan reducido como el existente en este tramo de carretera, próximo a los 5 metros, que hubiese dado lugar a numerosas reclamaciones, o cuando menos a avisos de la Guardia Civil de Tráfico o Policía Local para su reparación, en el caso de no haberlo detectado los vigilantes de carreteras de la Dirección General de Carreteras, y en este caso, como se ha dicho antes, desde diciembre de 2001 no se vuelve a bachear hasta julio de 2002, tres meses después desde cuando se dice que ocurrió el accidente.

4) El estado del firme que se aprecia en las fotos que se adjuntan al informe (tomadas, según parece, por un inspector de la citada Dirección en fecha próxima a la de la emisión del mismo), corresponde a un deterioro clasificado como desintegración del firme por envejecimiento del ligante, lo que produce diferencias de altura del tamaño del árido empleado, es decir, 2 centímetros como máximo.

5) Sobre la actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero, no se puede opinar por desconocimiento cierto de los hechos.

6) Entre las causas del accidente podría incluirse la velocidad inadecuada, pues al ser la carretera estrecha se pudo salir a la cuneta.

7) No existe mala visibilidad si se circula acorde a las condiciones de la carretera.

8) No existe señalización precisa en ese punto sobre aviso de algún peligro porque no existe tal peligro.

9) No se acompaña el menor dato acreditativo del hecho. No se aprecia reparación del posible socavón al que se hace alusión. No existen otras reclamaciones sobre accidentes en ese punto; con un ancho de carretera de 5 metros, no existen informes sobre deterioros de este tipo por parte de la policía encargada del tráfico en esa carretera; los inspectores y vigilantes de dicha Dirección tampoco lo recogen en sus informes.

CUARTO.- Con fecha 12 de julio de 2004 se solicita informe del Parque de Maquinaria de la citada Dirección General, a efectos de determinar el valor venal del vehículo en la fecha del accidente, así como la valoración de los daños del mismo.

QUINTO.- El informe del Parque de maquinaria se emite el 22 de septiembre de 2004, y manifiesta lo siguiente:

1) El valor venal del vehículo es de 5.850,00 euros en el momento del accidente.

2) El valor de los daños reclamados, que asciende a la cantidad de 200,05 euros por reparación de los daños materiales, se considera correcto si los hechos fueran tal y como se han descrito.

3) Falta información sobre la situación exacta y características del socavón denunciado, circunstancias que imposibilitan un pronunciamiento con un mínimo de garantías. No obstante, se indica que los daños que se reclaman, en su mayoría, sólo pueden producirse

cuando la profundidad del socavón o desperfecto en la calzada tenga una profundidad superior a 10 cms., con corte muy vertical y exista una velocidad elevada.

SEXTO.- El 25 de enero de 2005 se practica la prueba testifical solicitada, en la persona de D. Ó. P. L., hermano del reclamante.

SÉPTIMO.- Acordado el preceptivo trámite de audiencia, el 23 de abril de 2005 el reclamante se ratifica en su reclamación.

OCTAVO.- El 6 de octubre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en síntesis, por no considerar acreditada la existencia del socavón a que se refiere aquélla como causa de los daños por los que se solicita indemnización.

NOVENO.- El 11 de octubre de 2006, el Secretario General de la citada Consejería, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y el extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser el titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo

que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalado, el socavón a que se refiere la reclamación, pues a aquella corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, se coincide con la propuesta de resolución dictaminada en que no puede considerarse acreditado que los daños por los que se reclama tengan su causa en un socavón que existiera en la carretera regional que se indica en la reclamación, al no existir mayor prueba del hecho que la propia declaración del interesado y el testimonio de su hermano, al que, por su relación de parentesco, no puede dársele la virtualidad probatoria necesaria a los efectos pretendidos por el primero. En este sentido, en nuestro Dictamen 32/01, entre otros, señalamos la necesidad de haber reclamado la presencia de algún agente de la autoridad, o la existencia de una declaración

testifical plenamente concluyente y adecuada que ilustrase sobre la realidad del accidente y sus características, como presupuestos necesarios para evaluar la existencia y características de la deficiencia viaria alegada y su consiguiente relevancia en la causación de los daños por los que se reclama.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No resulta acreditada la necesaria relación de causalidad entre los daños por los que se solicita indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos regionales. En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 77/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. R. P. en representación de F.B.S.S., S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 04/06/07

Extracto de Doctrina

En los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada o de objetos caídos o arrojados por terceros (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de octubre de 2003, el letrado D. P. R. P., en nombre y representación de la mercantil “F. S., SA”, presenta escrito donde expone que el día 8 de octubre de 2002 (por error, hace constar como fecha del accidente el día 8 de octubre de 2003) cuando circulaba el automóvil propiedad de su representada, marca Opel, modelo Combo, matrícula X, por la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia) se produjo una colisión con un calzo de materias peligrosas, de metal y con unas dimensiones de 30x20x10; obstáculo que se hallaba en la calzada, sin que existiese indicación alguna de su presencia. El choque pro-

vocó el reventón del neumático delantero derecho, lo que hizo que el conductor perdiese el control del vehículo que finalmente se salió de la calzada por su margen izquierda. Finaliza su reclamación solicitando el reembolso del importe de la reparación del vehículo, 1.364,16 euros, al considerar que los daños sufridos se derivan directamente de una omisión por parte de la Administración regional del deber que le incumbe de mantenimiento y vigilancia del buen estado de las carreteras de su titularidad.

A la reclamación se unen los siguientes documentos:

- 1) Escritura de apoderamiento otorgada por la mercantil “F. S., SA”, a favor del letrado Sr. R. P., entre otros.
- 2) Los relativos al vehículo siniestrado.
- 3) Declaración del conductor del vehículo, D. A. V. Á..
- 4) Factura correspondiente a la reparación del automóvil, por importe de 1.364,16 euros.
- 5) Copia del atestado instruido por la Guardia Civil.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, la instructora requiere al interesado para que mejore su solicitud mediante la aportación los siguientes documentos:

1. *“Fotocopia compulsada del DNI del firmante del escrito.*
2. *Declaración suscrita por el afectado, en la que manifieste expresamente que no ha percibido indemnización por Compañía de Seguros u otra entidad, con indicación de las cantidades recibidas, en su caso.*
3. *Indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y, en su caso, remitir copias.*
4. *Acreditación de la realidad del suceso mediante testigos de los hechos alegados: nombre y dirección completa de los mismos, o acta notarial testimoniada, o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes (se aporta simple fotocopia del informe de la Policía Local).*
5. *Justificar la cuantía económica de la reclamación.*
6. *Certificación de entidad bancaria de la cuenta código cliente donde realizar el pago, en el supuesto de que se estimase la presente reclamación”*

También se le indica que acompañe:

1. *“Fotocopia compulsada del permiso de circulación del vehículo, para determinar y justificar su propiedad, así como de la tarjeta de inspección técnica del vehículo.*
2. *Fotocopia compulsada de la póliza del seguro que amparaba el vehículo con mención expresa de las garantías cubiertas y del recibo de pago de la prima de la anualidad correspondiente al momento del siniestro.*
3. *Presupuesto o factura de reparación del vehículo de conformidad con la normativa fiscal”.*

Asimismo se le comunica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, concretando los medios

de que pretenda valerse (art. 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

El requerimiento es atendido por el letrado Sr. R. P., mediante la aportación de la documentación que se le solicitaba.

TERCERO.- El 24 de octubre de 2003, la instructora solicita de la Dirección General de Carreteras informe acerca de diversas circunstancias técnicas con incidencia en la determinación de la eventual existencia de responsabilidad.

El siguiente día 10 de noviembre desde dicho Órgano Directivo se contesta a la instructora solicitando se requiera al interesado para que concrete exactamente el lugar en el que ocurrieron los hechos, lo que hace mediante escrito que presenta ante la Consejería consultante el día 6 de abril de 2004.

Una vez obtenida la información antes indicada, por el Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras se emite el siguiente informe:

a) *“El tramo de carretera donde ocurrieron los hechos es competencia de esta Comunidad Autónoma, estando incluida la carretera en la Red de Carreteras de la Región de Murcia.*

b) *Sólo se ha tenido conocimiento del evento lesivo a través de la reclamación patrimonial.*

c) *En el lugar y fecha referidos no se ha tenido conocimiento del obstáculo en la calzada, ni aviso de la Guardia Civil para su retirada.*

d) *Según el atestado de la Guardia civil y lo que manifiesta en el mismo el perjudicado “al vehículo pesado que le precedía se le cayó un calzo” y no recuerda marca, ni modelo ni matrícula del camión por lo que es una actuación inadecuada de un tercero.*

e) *No existe relación causa-efecto dado que las condiciones de la carretera no han influido en la causa del accidente.*

f) *La responsabilidad es atribuible al vehículo que precedía al perjudicado y al cual se le cayó el calzo.*

g) *No se han realizado actuaciones en el tramo de carretera donde ocurrió el siniestro.*

h) *No existe iluminación ni una señalización específica en ese tramo de carretera que pueda advertir de la existencia del calzo en la calzada.*

i) *No se puede comprobar la valoración de los daños alegados.*

j) *Dado que la señalización de la carretera es correcta y no se han recibido informes de la Guardia Civil en sentido contrario, no existen aspectos técnicos en la producción del daño”.*

CUARTO.- El mismo día 24 de octubre de 2004, la instructora remite copia del escrito de responsabilidad patrimonial al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, a fin de que informara sobre el valor venal del vehículo, valor de los daños atendiendo al modo de producirse el siniestro, así como cualquier otra circunstancia que se estimara de interés.

Con fecha 28 del mismo mes, el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria remite informe en el que se indica que el valor venal del vehículo era, en la fecha del accidente, de 15.626,31. También señala que la valoración de los daños reclamados se considera correcta, siempre y cuando el vehículo presentara todos los desperfectos que se alegan. Finaliza afirmando que, tal como admite expresamente el conductor en su declaración ante la Guardia Civil, el hecho se produjo al desprenderse un calzo del camión que circulaba delante del automóvil siniestrado, por lo que la responsabilidad del accidente no es imputable al servicio de conservación de la carretera, sino a un tercero.

QUINTO.- Requerido por la instructora se incorpora al expediente fotocopia compulsada del atestado levantado por la Guardia Civil, en el que, entre otros extremos, se recogen los siguientes:

a) Declaración del conductor del coche accidentado: *“que circulando hacia Fuente Álamo, al vehículo pesado que le precedía se le cayó un calzo no pudiendo evitar el conductor esquivarlo, chocando con él. Que la rueda delantera derecha reventó, perdiendo su conductor el control del vehículo saliéndose de la calzada por el margen izquierdo. Que no recuerda marca, modelo, ni matrícula del camión”.*

b) En el apartado de “Huellas y vestigios”, los instructores señalan que *“en la cuneta del margen derecho se observa calzo de dimensiones 30x20x10, posiblemente caído de algún camión, sin ningún tipo de señalización, alumbrado o reflectante”.*

c) Como probables causas del accidente se indica: *“obstáculo irrumpiendo sobre la calzada, sin estar previamente señalizado, sin alumbrado ni reflectantes”.*

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la mercantil reclamante, ésta comparece a través de su letrado, formulando alegaciones en las que se ratifica en su reclamación y en el importe de la indemnización solicitada.

Seguidamente la instructora dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio, ya que si bien admite la obligación de la Administración de mantener la carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede garantizada, considera que dicha obligación no alcanza a exigir que elimine o señalice con total inmediatez un obstáculo que acaba de caer a la calzada.

Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, VE remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 21 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en la mercantil “F. S., SA”. Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), con la copia de poder notarial otorgado a favor del letrado Sr. R. P.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos la del 8 de octubre de 2002 y la reclamación se interpuso el día 8 de octubre de 2003.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP.

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que los servicios de conservación y vigilancia de la autovía del noroeste no retiraron la placa metálica con la suficiente celeridad. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba la existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

Consta efectivamente la realidad y certeza del evento dañoso que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria deducida por el solicitante, debido –según resulta de las diligencias instruidas por la Guardia Civil– a la existencia de un calzo en la vía, que –tal como manifiesta el conductor– cayó del vehículo de un tercero no identificado que circu-

laba delante del automóvil siniestrado, sin que sea posible imaginar cómo los servicios de conservación de la Administración titular de la carretera hubieran podido evitar tal hecho, no concurriendo, pues, el necesario nexo causal entre la actuación de los servicios públicos y los daños que se alegan. La pretendida negligencia no deja de ser una apreciación del interesado, sin apoyo en datos técnicos o de otro tipo que permitan sostenerla, y que además ha sido desvirtuada, como se afirmaba antes, por la propia declaración del conductor recogida en el atestado instruido por la Guardia Civil.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada o de objetos caídos o arrojados por terceros (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).

La imposibilidad de establecer un nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la carretera y la presencia de objetos perdidos o arrojados a la vía por otros usuarios, lleva al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor, y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. Conclusión ésta que hace innecesario pronunciarse sobre los restantes extremos respecto de los que debería versar este Dictamen, es decir, valoración del daño, su cuantía y el modo de la indemnización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 78/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. J. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. R., debida a accidente en centro de menores.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 04/06/07

Extracto de Doctrina

1. Este Consejo ha señalado que la Administración autonómica debe abonar el importe de las indemnizaciones correspondientes a reclamaciones formuladas por particulares cuando, existiendo responsabilidad de ésta, es concurrente con la de otras Administraciones Públicas, o cuando, existiendo también responsabilidad, no es dato cierto a cuál de ellas ha de imputarse el funcionamiento del servicio causante del daño. En estos casos se considera que el particular tiene derecho a percibir su indemnización, siendo ulterior cuestión a dilucidar entre las Administraciones el montante a asumir por cada una de ellas, en el primero de los supuestos, o la titularidad del servicio público causante de los daños a quien corresponde su abono, en el segundo (Dictamen núm. 91/04, entre otros).

2. Conviene aquí recordar la reiterada doctrina del Consejo Jurídico en relación con los accidentes escolares (a los que se puede asimilar el supuesto que ahora nos ocupa) puesta de manifiesto, entre otros, en los Dictámenes números 134/2004, 187/2005 y 72/2006, de que la indemnización por los días de baja de los menores no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, sino en función de afectación a su actividad, es decir, se atenderá a los días en que los menores hayan estado incapacitados para realizar sus actividades cotidianas (acudir a clase, jugar, etc.).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 10 de enero de 2006 tuvo entrada en la Consejería de Trabajo y Política Social, procedente del Registro de la Ventanilla Única de la Comunidad Autónoma en Caravaca de la Cruz, en el que se había presentado el día 20 de diciembre de 2005, escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial instada por D. M. S. G., Letrada del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia, en nombre de D. A. M. J. M., en el que solicitaba una indemnización, cuya cuantía manifiesta se determinará más adelante, por los daños sufridos por su hijo menor de edad, J. R. F. J., como consecuencia de los hechos que seguidamente se relatan.

El menor se encontraba interno en el centro de menores M. de Cartagena, cuando el día 29 de septiembre de 2005 (la reclamante hace constar erróneamente como fecha del accidente la del día 4 de octubre de 2005), sobre las 17:30 horas, mientras jugaba con un grupo de compañeros en la zona de recreo de dicho centro, resultó lesionado al caerle encima una de las porterías de fútbol. Aunque por la dirección del centro se le comunicaron los hechos, se les restó importancia y no dejaron que viera a su hijo hasta cuatro días después, momento en el que pudo comprobar el alcance y la gravedad del accidente, pues el menor presentaba una gran herida en la cabeza.

Según la reclamante la relación de causalidad entre las lesiones sufridas por su hijo y el funcionamiento del servicio público resulta evidente, en tanto que no se procuró el anclaje

de la portería, ya que de haberlo efectuado se hubiera impedido que ésta cayera e hiriese a su hijo.

Finaliza su escrito manifestando que como el menor sigue ingresado en el centro M., y su madre carece de posibilidad de acceder a información relacionada con los hechos, se interesa lo siguiente:

a) Que se le entregue el parte médico de urgencias, así como cualquier otro documento relacionado con el accidente.

b) Que por facultativo competente, se emita informe valorando las lesiones efectivas sufridas por el menor.

c) Que se permita que la madre de J. R. designe un perito médico que valore las secuelas que le hayan podido quedar como consecuencia de la herida.

SEGUNDO.- Por Orden de la Consejería de Trabajo y Política Social de 17 de febrero de 2006, se admite a trámite la reclamación y se designa instructora, quien, mediante escrito fechado el siguiente día 28, da traslado a la reclamante de la siguiente documentación:

1. Informe, fechado el 29 de septiembre de 2005, del Área de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, en el que se describe que el menor es atendido de una herida inciso contusa en zona occipital. Se le prescribe tratamiento, curas diarias en Centro de Salud y observación de 24 a 48 horas.

2. Informe del Coordinador Médico del Centro de Salud de Cartagena, emitido el día 12 de enero de 2006, en el que se hace constar que *“el niño J. R. F. J. que acude al centro de salud el 30 de septiembre de 2005 para cura local suturada en región occipital. Acude regularmente para inspeccionar la herida y aplicar betadine local. Ante la evolución normal de la herida se retiran los puntos de sutura el 7 de octubre de 2005, sin más complicación dando el alta a este proceso”*.

3. Informe de la Dra. S., dependiente de la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales de la Consejería consultante, que, entre otros extremos, señala el siguiente: *“Acude a Urgencia, el 29/09/05, del Hospital Santa María del Rosell por herida inciso-contusa en cuero cabelludo de región occipital. No pérdida de conocimiento. Se limpia y sutura la herida. Se realiza Rx cráneo: sin hallazgos. Tio: Dalsy 8 cc cada 8 horas, Augmentine 500 cada 8 h, durante una semana, curas diarias en el Centro de salud. Observación 24-48 h. Cicatrización normal de la herida, sin secuelas”*.

Asimismo se pone en su conocimiento que la disposición de las plazas en el Centro La M., dependiente del Ayuntamiento de Cartagena a través del Instituto Municipal de Servicios Sociales, se hace efectiva en virtud de convenio de colaboración suscrito entre la Consejería de Trabajo y Política Social y el Ayuntamiento de Cartagena (Boletines Oficiales de la Región de Murcia de 23 de enero de 2002 y de 10 de febrero de 2006), en el que se establece la obligación de la Corporación Local de suscribir póliza aseguradora de responsabilidad civil.

TERCERO.- Recabado el preceptivo informe del Servicio de Protección de Menores de la Dirección General de Familia, tiene entrada en la Consejería un escrito suscrito por la técnico responsable de dicho Servicio, fechado el 17 de abril de 2006, al que se acompaña la siguiente documentación:

1. Un informe del Jefe de Servicio de Protección de Menores, del que, a los efectos que aquí nos ocupan, destaca lo siguiente:

a) J. R. F. J., nacido el día 25 de agosto de 1997, está tutelado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en virtud de resolución administrativa de 26 de mayo de 2005, al haber apreciado situación de desamparo del menor.

b) Durante su estancia en la residencia infantil M., el 29 de septiembre de 2005, J. R. sufrió un accidente en el patio del centro mientras jugaba con sus compañeros, del cual fue atendido en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, con diagnóstico de herida occipital con las consecuencias que se relatan en el informe médico de fecha 29 de septiembre de 2005, realizándose las curas prescritas en su centro de salud y recibiendo el alta médica el 7 de octubre de 2005.

c) La utilización de la residencia de menores M. como centro de internamiento para menores tutelados por la Comunidad Autónoma, se llevaba a cabo en virtud de un Convenio de Colaboración suscrito entre dicha Administración y el Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena.

d) Entre otros extremos, el Convenio recogía lo siguiente:

- El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del Centro tal y como establece el artículo 172 del Código Civil.
- Las responsabilidades que pudieran derivarse de la prestación de servicios se asumen por el Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena, a cuyo efecto suscribirá una póliza aseguradora.

e) Finaliza afirmando que, dado que el accidente del menor ocurrió durante la estancia de éste en la residencia infantil M., dependiente de dicho Instituto Municipal, y estando la guarda del menor delegada en el Director del centro, de acuerdo con el Convenio antes citado, se entiende que las responsabilidades que pudieran derivarse del accidente deben ser asumidas por el Ayuntamiento de Cartagena, entidad a la que debe dirigirse la reclamación por los daños sufridos por J. R.

2. Informe técnico del Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena, en el que, en síntesis, se señala que:

a) El día 29 de septiembre de 2005, siendo las 17:30 horas, un grupo de menores (entre 6 y 9 años), se encontraban jugando en la zona recreativa de la residencia M., en la que hay dos porterías de fútbol.

b) Algunos menores se encontraban paseando en bicicleta y otro se había encaramado a una pequeña pared que accede a una barandilla y al intentar bajar por indicación de la educadora, se sujetó en la portería venciendo ésta hacia delante en el mismo momento en el que J. R. pasaba por delante, impactándole en la cabeza y produciéndole un corte.

c) El accidentado fue trasladado a la Residencia Sanitaria Santa María del Rosell, donde fue debidamente atendido. Tras la cura J. R. se incorporó con normalidad a la dinámica del Centro, no requiriendo continua atención ya que no presentaba dolor ni malestar.

d) La evolución posterior fue favorable, no mostrando en ningún momento alteraciones en su comportamiento.

3. Copia de la póliza del contrato de seguro entre el Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena y la mercantil A., C. S. R., SA.

CUARTO.- Con fecha 2 de mayo de 2006 la instructora procede al emplazamiento como interesados del Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena y de su aseguradora A.. En nombre y representación de esta última se persona la letrada D. M. F. V. P.. Sin embargo, el Instituto Municipal no lo hace a pesar de que el requerimiento le fue reiterado con fecha 6 de junio de 2006.

Seguidamente el órgano instructor procede a la apertura del procedimiento de prueba, sin que por ninguna de las partes interesadas se proponga la práctica de medio alguno.

QUINTO.- Solicitado por la instructora informe del Servicio de acreditación e inspección de la Dirección General de Familia, acerca del centro residencial infantil M., donde se encontraba ingresado el menor en régimen de acogimiento residencial, aquél se emite el día 12 de julio de 2006, destacando de su contenido, a los efectos que aquí nos ocupa, lo siguiente:

1. Que el centro M. no estaba autorizado como Entidad Colaboradora de Integración Familiar, sino como Residencia Infantil.

2. Que en relación con las dependencias situadas en la parte baja de la residencia que, al parecer, consiste en una zona recreativa al aire libre, compuesta básicamente por un terreno con dos porterías de fútbol, atendiendo a la documentación que obra en el expediente de dicho centro, no se puede confirmar su existencia o no, debido a dos razones:

a) Cuando se realizó la visita de inspección el día 6 de febrero de 1998, para comprobar las actividades desplegadas por el centro, no se manifestó a los inspectores que existiese una zona al aire libre destinada a juegos.

b) La producción del accidente no fue comunicada, en su momento, al Servicio de Inspección y, por lo tanto, no se llevó a cabo visita alguna para comprobar la situación del patio y sus instalaciones, así como las circunstancias en las que se produjeron los hechos.

c) En la fecha de solicitud de informe por parte de la instructora, los niños han sido trasladados a otros centros y la residencia se encuentra cerrada, lo que impide la inspección.

SEXTO.- Con fecha 14 de septiembre de 2006 se confiere trámite de audiencia a los interesados (reclamante y A., aseguradora del Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena). Transcurrido el plazo otorgado para formular alegaciones no lo había hecho la reclamante, sin embargo sí que se efectúan por la letrada de la aseguradora, que propone la desestimación de la reclamación, basándose para ello en la falta de prueba que avale la petición, falta de legitimación activa de la reclamante al hallarse el menor tutelado por la Administración y, finalmente, falta de cuantificación de la reclamación.

SÉPTIMO.- El 25 de octubre de 2006, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación al considerar que concurren los requisitos legalmente exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, proponiendo se indemnice al menor en la cantidad de 211,20 euros, por los días que tardó en recuperarse de sus lesiones.

En tal estado de tramitación y tras incorporar un índice de documentos y el preceptivo extracto de secretaría, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 27 de octubre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y siguiente del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La acción de reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo legalmente establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), pues los hechos ocurrieron el día 29 de septiembre de 2005 y la reclamación tuvo entrada en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el día 20 de diciembre de ese mismo año.

Cuestionada en el expediente la legitimación activa de la madre del menor para iniciar la reclamación por responsabilidad patrimonial cuyo Dictamen nos ocupa, resulta necesario analizar la situación en la que aquél se encontraba en el momento de ocurrir los hechos y las consecuencias que ésta pudiera desplegar sobre los actos ejecutados por la reclamante en nombre de su hijo. J. R. se hallaba al tiempo de sufrir el accidente bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al haber sido declarado en situación de desamparo mediante resolución administrativa (folio 478). Esta situación legal, conforme al artículo 172.1 del Código Civil, comporta la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesen totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado, pues cabe, como afirma el citado precepto, que los padres o tutores realicen en nombre del menor actos de contenido patrimonial que sean beneficiosos para él, y en este sentido el Consejo coincide con la apreciación de la instructora de que la reclamación patrimonial deducida por la Sra. M. sería incardinable en este tipo de actos excepcionados por el Código Civil, aunque –aquí también de acuerdo con la instructora– la hipotética indemnización que pudiera corresponder a J. R. tendría que hacerse efectiva mediante abono en la cuenta abierta a su nombre por la entidad pública. Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, con la copia de poder notarial otorgado a favor de la letrada Sra. S. G.

En lo que se refiere a la legitimación pasiva, por cuanto se reclama en virtud de daños sufridos por un menor sometido a la tutela de la Administración autonómica, debe entenderse que concurre el requisito de imputabilidad. En efecto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene asumida la competencia exclusiva en materia de *“Instituciones de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria”*, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.Uno.18 del Estatuto de Autono-

mía para la Región de Murcia. Por otro lado, el ya citado artículo 172.1 del Código Civil dispone que *“la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que se encuentra en situación de desamparo, tiene, por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda...”*.

Ahora bien, no puede prescindirse del hecho de que, conforme consta acreditado en el expediente, el menor se hallaba en un centro residencial denominado M., dependiente del Instituto de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena, en virtud de un Convenio suscrito entre esta última Entidad y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, mediante el que el citado Instituto asumía la responsabilidad que pudiera derivarse de la prestación de servicios convenidos. Resulta atinente aquí recordar la doctrina mantenida por este Órgano Consultivo mediante la que –en línea con la postura del Consejo de Estado– se ha afirmado que la responsabilidad objetiva de la Administración tiene por finalidad resarcir al particular lesionado en su derecho o intereses patrimoniales legítimos, de un modo rápido y eficaz, concorde con el principio de eficacia que debe presidir toda actuación administrativa. Ello naturalmente sin perjuicio de las llamadas acciones de repetición o regreso, en las que se dilucidarán los auténticos responsables últimos del evento lesivo.

Así, tanto si se considera que el Ayuntamiento de Cartagena, a través del Instituto Municipal de Servicios Sociales, habría participado de forma concurrente con la Administración autonómica en la alegada producción del daño, como si se estimara que la posición de dicho Instituto sería asimilable a la del contratista o concesionario a la que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), la Administración autonómica, siempre que concurriesen los requisitos que configuran el instituto de la responsabilidad patrimonial, debería responder de los daños ocasionados, sin menoscabo del derecho que le asistiría, en su caso, para ejercer la correspondiente acción de regreso.

En efecto, este Consejo ha señalado que la Administración autonómica debe abonar el importe de las indemnizaciones correspondientes a reclamaciones formuladas por particulares cuando, existiendo responsabilidad de ésta, es concurrente con la de otras Administraciones Públicas, o cuando, existiendo también responsabilidad, no es dato cierto a cuál de ellas ha de imputarse el funcionamiento del servicio causante del daño. En estos casos se considera que el particular tiene derecho a percibir su indemnización, siendo ulterior cuestión a dilucidar entre las Administraciones el montante a asumir por cada una de ellas, en el primero de los supuestos, o la titularidad del servicio público causante de los daños a quien corresponde su abono, en el segundo (Dictamen núm. 91/04, entre otros). En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en su dictamen número 48/94.

Similar conclusión se alcanza en los supuestos de contratistas o concesionarios, para los que el Consejo ha afirmado reiteradamente que una interpretación sistemática del citado artículo 97, nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolverla respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de repetición que debe ejercitar contra éstos si de los hechos se desprendiese la responsabilidad de los mismos (Dictamen núm. 72/2005, entre otros). En este sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que cabe destacar la de 23 de febrero de 1995, como el Consejo de Estado en sus Dictámenes 2706/2001 y 1954/2002, entre otros.

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

En el presente supuesto la reclamante atribuye al centro en el que se encontraba interno su hijo la responsabilidad del accidente al haber omitido las más elementales medidas de precaución que obligaban a anclar la portería con el fin de evitar que ésta pudiese caer y ocasionar daños a algún niño como, finalmente, ocurrió.

Acreditada la realidad del daño con el parte del Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell y que el accidente se produjo en las instalaciones de la residencia de menores M., que prestaba el servicio asistencial en virtud del Convenio suscrito entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Ayuntamiento de Cartagena, ha de determinarse la conexión de la lesión con el servicio público asistencial. Desde el primer momento la reclamante ha mantenido que la defectuosa instalación de la portería de fútbol fue la causa del accidente, y si bien es cierto que tal afirmación no ha sido objeto de prueba por la interesada, a quien corresponde hacerlo con fundamento en el principio de la carga de la prueba recogido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también lo es que la Administración no ha desplegado la cuota de carga probatoria que le corresponde por imperativo del artículo 78 LPAC, a fin de dotarse a sí misma de los elementos necesarios para obtener una resolución. En efecto, remitido el parte de incidencia al Servicio de Protección del Menores al día siguiente del accidente (folio 1071), la Administración pudo y debió inspeccionar las instalaciones para comprobar su situación y adoptar, en su caso, las medidas tendentes a mantener en las debidas condiciones de seguridad las instalaciones del centro. Este reconocimiento no se llevó a cabo, y cuando la instructora pretende que el Servicio de Acreditación e Inspección de la Consejería consultante informe al respecto resulta ya imposible al haberse cerrado definitivamente la residencia. Esta inactividad probatoria de la Administración resulta especialmente reprochable si se tiene en cuenta que del expediente se desprenden indicios racionales de que el daño se produjo como consecuencia de una deficiente instalación de la portería, ya que no se explica de otro modo que el sólo hecho de que un menor (el compañero de J. R.) se apoyara en ella fuese motivo suficiente para que se volcase. Este tipo de instalaciones deben estar suficientemente aseguradas de forma que actitudes infantiles, fácilmente desplegadas en el transcurso del juego o del ejercicio deportivo, tales como agarrarse o colgarse del larguero, chocar o apoyarse en la portería, etc., no hagan peligrar su estabilidad. Establecido así, por el mecanismo de la prueba por presunciones, el hecho constitutivo de la responsabilidad, es la Administración la que tiene como carga probatoria la de suministrar la oportuna contraprueba del hecho exoneratorio, indicando y probando cuál pudo ser el nexo causal directo de las lesiones; sin embargo, nada de esto se hace, lo que nos lleva a concluir la existencia de nexo de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, por la falta de mantenimiento en las debidas condiciones de seguridad de las instalaciones del centro, en concreto de la portería de fútbol.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

La madre del menor en su reclamación no llega a describir el daño sufrido por el menor -salvo la mención realizada sobre una evidente secuela estética-, posponiendo su concreción al momento en el que se le entreguen los antecedentes médicos relativos al accidente y en el que por un facultativo competente se emita información valorando las lesiones padecidas por su hijo. Sin embargo, emitidos los informes y trasladados a la reclamante, ésta no llega a fijar la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, a pesar de que la instructora acordó la apertura de un período probatorio a tal fin.

No obstante, aun a falta de tal valoración, que correspondía efectuar a la reclamante en cuanto que sobre ella recae el *onus probandi*, de los antecedentes que obran en el expediente se puede determinar, sin esfuerzo alguno, cuáles han sido esos daños, procediendo a continuación a efectuar su valoración a fin de establecer el *quantum* indemnizatorio que corresponde hacer efectivo al menor.

Según el informe del Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell (folio 964), J. R. debía permanecer en observación de 24 a 48 horas y acudir diariamente durante una semana al Centro de Salud para que se le efectuasen curas. A su vez el coordinador médico del Centro de Salud Cartagena-Casco Antiguo (folio 1032) afirma que el menor acude regularmente para inspeccionar y cuidar la herida y, ante la evolución normal de ésta, se procedió a retirarle los puntos de sutura el día 7 de octubre de 2005, siendo dado de alta sin más complicación. Finalmente, el informe de la médica de la Dirección General de Familia de la Consejería de Trabajo y Política Social (folio 1039), señala que hubo una cicatrización normal de la herida, sin secuelas.

Entiende este Consejo que, si bien no ha existido una baja propiamente dicha del menor al no tener que ser hospitalizado, sí que puede hablarse de baja en el sentido de deficiencia o menoscabo equivalente al de salud quebrantada ya que, aun afirmando la educadora que *“el menor tras la atención sanitaria se incorporó con normalidad a la dinámica del centro, no requiriendo continua atención ya que no presentaba dolor ni malestar”*, no puede obviarse el hecho de que se le habían dado de 25 a 30 puntos de sutura (folio 966) y que diariamente tuvo que desplazarse al Centro de Salud a observación y cura de la heridas. Estas circunstancias permiten entender que J. R. estuvo, durante dicho tiempo, impedido para el desarrollo de su vida diaria en términos equivalentes a como lo hacía inmediatamente antes del hecho lesivo. Conviene aquí recodar la reiterada doctrina del Consejo Jurídico en relación con los accidentes escolares (a los que se puede asimilar el supuesto que ahora nos ocupa) puesta de manifiesto, entre otros, en los Dictámenes números 134/2004, 187/2005 y 72/2006, de que la indemnización por los días de baja de los menores no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, sino en función de afectación a su actividad, es decir, se atenderá a los días en que los menores hayan estado incapacitados para realizar sus actividades cotidianas (acudir a clase, jugar, etc.).

Consecuentemente con lo anterior, el Consejo Jurídico, para fijar la cantidad que procede reconocer por cada uno de los 8 días improductivos, no encuentra obstáculo para acogerse, aunque sea con carácter meramente orientativo, puesto que debe modularse y precisarse al caso concreto (STS Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), a las cuantías que por este concepto se incluyen en el baremo de indemnizaciones por accidente de circulación correspondiente al año 2005, ya que la cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en el que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consu-

mo (artículo 141.3 LPAC). Según este sistema de valoración, la cantidad que correspondería abonar por cada uno de dichos días sería la de 47,28 euros, lo que daría una montante total de 283,66 euros. Cuantía que, como ya ha quedado apuntado, habrá de ser actualizada en el momento de dictar resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

El abono de la indemnización deberá hacerse efectivo mediante ingreso en la cuenta que –según se indica en la propuesta de resolución– tiene abierta a favor del menor la entidad pública que ostenta su tutela.

Por último, se ha de tener en cuenta que, según se ha fundamentado en la Consideración Segunda, el pago que la Administración autonómica efectúe ha de entenderse sin perjuicio del derecho que a la misma corresponde de repetir, en su caso, del Instituto Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Cartagena el tanto de culpa que pudiera corresponderle.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al compartir el Consejo Jurídico la apreciación de la instructora sobre la concurrencia de los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDA.- El *quantum* indemnizatorio deberá calcularse y abonarse en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 79/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. M., en nombre y representación de su hija menor de edad M. J. G. P., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 04/06/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 80/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. M. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad J. M. M. R., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 04/06/07

Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado ha admitido la existencia de relación de causalidad si la zancadilla se produce cuando empujado un niño por otro, un tercero, aprovechando la inestabilidad en la que el primero se encuentra, lo zancadillea originando su caída (Dictamen núm. 1957/2000); o cuando, estando los niños en clase, uno de ellos pone la zancadilla a otro que se dirigía por el pasillo del aula hacia su sitio para sentarse (Dictamen núm. 1168/2001); o cuando el agresor tiene necesidades educativas especiales que exigían una mayor atención por parte del profesorado (Dictamen 1617/2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director del Colegio Público “San Juan” de Murcia, remite a la Consejería de Cultura y Educación informe de accidente escolar, sufrido por el alumno de 4º de Educación Primaria, J. M. M. R., el pasado 14 de diciembre de 2006. De acuerdo con el referido informe los hechos acaecen cuando, al terminar la clase de inglés y dirigiéndose los alumnos hacia su aula, un compañero le puso la zancadilla a J. M., haciéndole caer, partiéndose dos incisivos del maxilar superior.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de enero de 2007, D. F. J. M. G. presenta, en impreso normalizado, solicitud de reclamación por los daños y perjuicios sufridos por su hijo J. M.

Junto con la solicitud adjunta la siguiente documentación:

- Factura de una clínica dental, por importe de 280 euros, en concepto de dos endodoncias y dos obturaciones de composite en las piezas 11 y 21.
- Fotocopia del Libro de Familia, acreditativo del parentesco entre el reclamante y el menor.
- Dos fotografías, en las que se aprecian los daños padecidos por el niño en los incisivos superiores.

TERCERO.- Con fecha 8 de febrero de 2007 el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura, admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombra instructora del expediente.

CUARTO.- Requerido el Director del Centro para que la profesora que presencié los hechos emita informe, aquélla contesta que:

“El día 14 de diciembre de 2006, a las 13 horas, al terminar la clase de inglés los alumnos de 4º curso se dirigieron desde el aula de inglés hacia su aula, situada en la misma planta y acompañados por mí en todo momento.

Al abrir yo con llave la puerta, como de costumbre, fueron entrando y sentándose ordenadamente en sus asientos; en ese momento un alumno se tiró al suelo y le puso la zancadilla a un compañero, cayendo este último y golpeándose los incisivos en la caída contra una mesa. A causa del golpe el alumno J. M. M. R., se rompió dos incisivos del maxilar superior.

Cuando ocurrieron los hechos todos los niños-as estaban dentro del aula, muchos de ellos-as ya sentados en sus asientos, esperando a la profesora de la asignatura siguiente. Yo estaba de pie en medio del aula muy cerca de donde cayó el niño. Los hechos ocurrieron de forma muy rápida y muchos niños-as vieron perfectamente cómo ocurrió todo.

El niño fue atendido inmediatamente por dirección, permaneciendo yo en el aula al cuidado del resto de niños. Se dio parte a la familia inmediatamente, la cual acudió al centro y recibió la información correspondiente”.

QUINTO.- Tras solicitar la instructora que la profesora precise determinados extremos, informa que:

“El alumno que zancadilleó a J. M., no se comporta de forma habitual de este modo, ni con J. M., ni con ningún otro compañero.

Entre estos dos alumnos no existía ningún tipo de problema, ni peleas previas, ni enemistad manifiesta.

El alumno le puso la zancadilla sin más, no fue en ningún caso consecuencia de una riña.

A mi juicio, poner una zancadilla es siempre un acto intencionado, pero no creo que el niño que puso la zancadilla tuviera intención de hacer daño, por lo tanto lo considero un hecho fortuito”.

SEXTO.- Con fecha 26 de marzo de 2007, se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, sin que éste haya hecho uso de este derecho.

SÉPTIMO.- El 30 de abril de 2007 la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación al considerar que cabe apreciar intencionalidad en la acción de zancadillar al compañero, por lo que en aplicación de doctrina del Consejo de Estado que cita, estima que el daño resulta imputable al servicio público educativo, apreciando relación causal entre su funcionamiento y aquél, que tacha de antijurídico.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tiene entrada en el Consejo Jurídico el pasado 10 de mayo de 2007.

A los anteriores hechos resultan de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Admi-

nistración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación donde se integra el Colegio Público en el que se produjo el accidente.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año desde que se produjo el hecho, siendo éste el plazo máximo previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y en el artículo 4 RRP.

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

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa. Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*.

Así pues, en el expediente sometido a consulta debe examinarse si los daños sufridos por el alumno guardan la necesaria relación de causalidad con el servicio público educativo, y al respecto puede adelantarse la conformidad del Consejo Jurídico con la propuesta estimatoria formulada por la instructora. En efecto, se afirma por ésta que, a pesar de las

consideraciones efectuadas por la profesora acerca del carácter fortuito de la acción y la ausencia de ánimo de dañar en el compañero que propina la zancadilla, lo cierto es que éste se tira previamente al suelo, lo que demuestra una voluntariedad y preparación de la acción que impiden considerar la zancadilla como algo puramente casual o fortuito.

Esta afirmación es sustentada por la instructora con cita de varios Dictámenes del Consejo de Estado que, a su juicio, constituyen la doctrina de dicho órgano consultivo, en el sentido de no apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los hechos origen de las reclamaciones se han producido como consecuencia de zancadillas involuntarias, de carácter no agresivo, y que pueden enmarcarse dentro de los riesgos normales o generales de la vida escolar (Dictámenes 1581/2001 y 1327/2003, entre otros). Como bien precisa la instructora, en ellos aparece una circunstancia común que se concreta en el hecho de que dicha acción se produce cuando los menores se encuentran inmersos en actividades lúdicas o físicas, tales como recreo o clase de educación física, de forma que cuando las características que rodean al hecho varían, también lo hace el criterio del Consejo de Estado. Así, el Alto Órgano consultivo ha admitido la existencia de relación de causalidad si la zancadilla se produce cuando empujado un niño por otro, un tercero, aprovechando la inestabilidad en la que el primero se encuentra, lo zancadillea originando su caída (Dictamen núm. 1957/2000); o cuando, estando los niños en clase, uno de ellos pone la zancadilla a otro que se dirigía por el pasillo del aula hacia su sitio para sentarse (Dictamen núm. 1168/2001); o cuando el agresor tiene necesidades educativas especiales que exigían una mayor atención por parte del profesorado (Dictamen 1617/2002).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, los hechos ocurren cuando los alumnos se encuentran dentro del aula, dirigiéndose a sus respectivos pupitres y en presencia de una profesora. La zancadilla es voluntaria, existiendo intención de hacer caer al compañero, como demuestra la acción previa y preparatoria de aquella, consistente en lanzarse el alumno al suelo para hacer tropezar al menor lesionado. Esta circunstancia sería demostrativa de la falta de la seguridad, buen orden y disciplina que deben imperar en las aulas y que deben ser impuestas por los docentes a cargo de los menores, para intentar evitar o, al menos, dificultar la realización de acciones violentas como la que motiva la presente reclamación.

La antijuridicidad del daño sufrido por el hijo del reclamante, que no tenía el deber de soportar, y la realidad del daño, acreditada por el informe de la profesora y la factura aportada junto a la reclamación, completan los elementos o requisitos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, que ha de ser declarada en el supuesto sometido a consulta.

CUARTA.- Quantum de la indemnización.

En lo que se refiere a la valoración de los daños considera el Consejo que, no habiendo sido discutidos estos extremos en la tramitación del expediente, hay que estar a los alegados y probados por el reclamante, y a la valoración que de ellos resulta acreditada mediante la factura incorporada al expediente, cifrados en 280 euros, cantidad por la que deberá ser indemnizado el reclamante.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, por ser el daño imputable a la Administración regional, al existir relación de causalidad entre aquél y el funcionamiento de los servicios públicos de ésta y, en consecuencia, debe indemnizarse al interesado en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 81/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 11/06/07

Extracto de Doctrina

Cabe aquí recordar una consolidada doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de junio y 9 de mayo 2000 y de 16 de noviembre de 1998, entre otras muchas), en la que ha venido a declarar que la Administración queda exonerada cuando es la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de noviembre de 2003, D. E. M. M. presenta escrito en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, solicitando indemnización por los daños físicos y materiales sufridos como consecuencia del accidente de circulación ocurrido el día 3 de marzo de 2003. Según la reclamante el citado día circulaba con el vehículo de su propiedad, Opel Corsa, X, por la carretera MU-304 “cuando me encontré con un camión de la Dirección General de Carreteras ocupando su carril, y varios obreros tapan-do baches en la carretera y un funcionario de la Comunidad Autónoma regulando el paso de los vehículos, estando las obras en el citado cruce regulado por semáforos. Al llegar a la altura del camión el funcionario me dio paso teniendo que ocupar el carril izquierdo y volver al derecho, a la altura del semáforo que regulaba el cruce, colisionando con otro vehículo que en ese momento accedía desde mi derecha. El accidente en cuestión ocurrió al inducirme a error el funcionario pues el camión que ocupaba mi carril de circulación se encontraba muy próximo al cruce semafórico y al darme paso entendí que los semáforos no regulaban la circulación sino los obreros que se encontraban en el lugar. A consecuencia de la colisión con el otro coche sufrí lesiones y mi vehículo sufrió daños que por su cuantía suponen siniestro total del mismo habiendo tenido que darlo de baja en Tráfico y cuyo valor será determinado en su momento”.

Manifiesta asimismo que como consecuencia de los hechos relatados la Policía Local levantó atestado núm. X y se siguió Juicio de Faltas núm. X ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Murcia.

Propone como medios de prueba los siguientes:

1) Documental, consistente en el Atestado y Diligencias de Juicio de Faltas antes indicados.

2) Testifical, de los policías locales que levantaron el atestado y de D. D. F. I. G., funcionario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, la instructora solicita a la interesada que mejore su solicitud con la aportación de varios documentos, e insta del Juzgado de Instrucción núm. 3 testimonio integro del juicio de faltas correspondiente al accidente del que se ha derivado la reclamación por responsabilidad patrimonial.

TERCERO.- En contestación al requerimiento realizado por el órgano instructor, la reclamante presenta copia compulsada de la siguiente documentación:

- Documento nacional de identidad y carnet de conducir.
- Permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del automóvil siniestrado.
- Justificante de haber dado de baja al vehículo accidentado.
- Póliza de seguro y recibo del pago de la correspondiente prima.
- Cartilla de ahorro en la que consta el código cuenta cliente de la reclamante.
- Informe pericial de la compañía aseguradora de la interesada, en el que se señala como valor venal del automóvil el de 649 euros.
- Diligencias correspondientes al Juicio de Faltas núm. X.
- Atestado de la Policía Local.
- Partes de baja y alta laboral.
- Fotografías del lugar en el que ocurrió el siniestro.
- Declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna.

CUARTO.- El Juzgado antes mencionado remite la documentación interesada, en la que destaca el atestado, en el que se hace constar, por inspección ocular de los agentes el día del accidente, lo siguiente:

“...Doña E. M. M., quien al aproximarse al lugar de ubicación de la intersección observó que un funcionario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, provisto de un disco de los utilizados para regular el paso en los tramos con obras, le hacía señales para que desplazándose hacia el carril de la izquierda, rebasará la posición ocupada por un camión perteneciente a la Dirección General de Carreteras de dicha Comunidad; seguidamente dicha conductora se desplazó hacia el mencionado carril izquierdo, rebasó dicho camión y continuó su marcha en el sentido El Raal-Alquerías, rebasando un semáforo en fase roja y colisionando de forma perpendicular contra el lateral izquierdo del turismo marca Peugeot 306, matrícula X, conducido por D. M. A. J. C., que procedente de la localidad de Alquerías y circulando por la carretera local MU-330, cruzaba la MU-304 para continuar su sentido de circulación hacia Beniel, teniendo el semáforo situado a su frente en fase verde.

(...)

Considera el instructor que a pesar de existir espacio entre el camión y el semáforo rebasado en fase roja por la conductora del Opel Corsa, como para volver a su derecha dicha conductora y detenerse ante el mencionado semáforo, el hecho de que el mencionado funcionario le hiciese señales para desplazarse hacia la izquierda, pudo inducirla a error de que a su vez le indicaba que rebasara el semáforo, motivo por el que la misma habría continuado su marcha sin detenerse ante el mismo.

Por todo lo expuesto, considera el Instructor que la causa eficiente del accidente fue no respetar la prioridad de paso en cruce señalizado con semáforo, por parte de la conductora del turismo marca Opel Corsa matrícula X, D. E. M. M., no obstante pudo influir en ello las señales realizadas por el funcionario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que pudieron inducir a dicha conductora a confusión”.

En dicho atestado se recoge, asimismo, la declaración de D. D. F. I. G., funcionario de la Dirección General de Carreteras, que se manifiesta en el siguiente sentido:

“Que se hallaba en unión de varios de sus compañeros realizando labores para la Comunidad Autónoma consistentes en bacheado.

En ese instante su función era la de regular el paso de vehículos a la altura del camión oficial.

Dicho camión ocupaba el carril derecho del sentido El Raal-Alquerías.

Que dio paso a la conductora de un turismo Opel Corsa que tras rebasar el camión, llegó a la altura del semáforo en fase roja y no detuvo su marcha ante el mismo, colisionando con un Peugeot que cruzaba la calzada desde alquerías hacia Beniel.

Para realizar las señales se utilizaba un disco de mano que en una de sus caras tiene la señal de dirección obligatoria y en el respaldo la señal de Stop”.

QUINTO.- Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras, fue emitido por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras del Sector de Murcia, expresando lo siguiente:

1º. La carretera aludida es competencia de esta Administración Regional con dependencia directa de la Dirección General de Carreteras, es la denominada CR MU-304 “De MU-300 a Alquerías”, y se tiene certeza del siniestro producido ya que el mismo acaeció en el momento en que se procedía por parte del equipo de mantenimiento a la reparación de un bache situado en el borde exterior de la calzada de la carretera.

2º. Lamentando las consecuencias del siniestro producido manifiesto no obstante que debido a la insuficiencia de peones para avisar de la existencia de un obstáculo (Camión de carga de aglomerado) en el arcén de la carretera fue el propio conductor de uno de los vehículos, el encargado de señalizar con una paleta de mano el paso con precaución de los vehículos junto al camión estacionado en el arcén mientras que el resto de peones procedían a bachear en el punto citado anteriormente.

3º. De las manifestaciones de la reclamante y de lo relatado en el atestado emitido por la fuerza actuante se deduce que se le dio paso al vehículo accidentado para que reanudara la marcha y que prosiguiera la misma con la precaución manifestada por señas por el funcionario y que sobrepasara el camión estacionado en el margen.

4°. *De lo manifestado en el atestado y de la existencia de distancia suficiente para que la conductora del vehículo se percatase de que existía un semáforo más adelante se deduce claramente que no se detuvo ante el semáforo existente catorce metros más adelante del lugar de la detención.*

5°. *No existe por tanto relación causal entre la actuación preventiva del funcionario en labores de señalar la precaución de un vehículo estacionado en el arcén de la carretera y la omisión de la demandante de no detenerse ante un semáforo doble con plena visibilidad una vez rebasado el obstáculo y con distancia suficiente (catorce metros) para su percepción de que se encontraba en rojo y era preceptiva su detención obligada.*

6°. *La visibilidad, iluminación natural y artificial eran correctas en el momento del siniestro y no afectaron al mismo no habiendo aspectos técnicos significativos a considerar.*

7°. *No se entra en la valoración de los daños ya que estimamos que no son imputables a nuestra actuación tanto por acción como por omisión de los funcionarios actuantes en las labores propias de bacheo y mantenimiento de la carretera efectuadas con medios humanos insuficientes pero que no afectan a la actuación que ahora tomamos en consideración”.*

SEXTO.- Con fecha 7 de abril de 2004 se emite informe por el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria, señalando que el valor venal del vehículo siniestrado asciende a 730 euros.

SÉPTIMO.- El día 28 de abril de 2004 la instructora solicita a la reclamante la acreditación de determinados extremos, al tiempo que requiere a la Jefatura Provincial de Tráfico la remisión de la copia autenticada de la baja del vehículo siniestrado. Con esa misma fecha también se dirige a la compañía aseguradora HDI Internacional para que informe si, como consecuencia del siniestro origen del expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial, se ha abonado alguna cantidad a la Sra. M. M..

Dichos requerimientos fueron debidamente cumplimentados con los resultados que obran en el expediente.

OCTAVO.- Mediante escrito fechado el día 27 de marzo de 2006 la instructora se dirige a la reclamante, notificándole el rechazo de la prueba testifical propuesta, al considerarla innecesaria por obrar ya en las actuaciones las manifestaciones tanto de los Policías que levantaron el atestado como las del funcionario Sr. I. G.; al mismo tiempo le manifiesta la apertura del trámite de audiencia a fin de que pueda formular las alegaciones y presentar los documentos que considere pertinentes. La interesada no hace uso de tal posibilidad.

Seguidamente la instructora dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no concurren los requisitos exigidos legalmente para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional. En concreto estima que no existe relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 24 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. Respecto de las lesiones, la legitimación activa reside en quien las ha sufrido. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en la Sra. M. M. en su condición de lesionada y propietaria del vehículo siniestrado; circunstancias que han quedado acreditadas, respectivamente, con los informes médicos y con el permiso de circulación del automóvil, que obran en el expediente.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos la del 3 de marzo de 2003 y la reclamación se interpuso el día 5 de noviembre de ese mismo año.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP.

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.

5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa la reclamante

sitúa la causa generadora de los daños en una acción de un funcionario de la Dirección General de Carreteras, por cuanto considera que al indicarle la maniobra evasiva del camión que se encontraba estacionado en el carril de la derecha la indujo a error de modo que entendió que dicha orden era prioritaria sobre la señalización semafórica. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada actuación y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exige de prueba la existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

Consta efectivamente la realidad y certeza del evento dañoso que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria deducida por la solicitante; sin embargo el Consejo coincide con la propuesta de resolución en su estimación de que no ha quedado acreditada la invocada relación de causalidad entre los hechos denunciados y los daños alegados. En efecto, no cabe considerar que la indicación del funcionario dirigida a advertir a la conductora de la existencia del obstáculo (el camión) en el carril de su sentido de marcha, pueda servir para establecer una conexión causal adecuada y eficiente entre el funcionamiento del servicio público imputado y el hecho lesivo al que la reclamante asocia su exigencia de indemnización, ya que aquél debe considerarse consecuencia exclusiva de una falta de atención o pericia en el uso del vehículo sólo atribuible a la víctima del accidente.

En este sentido, ha de recordarse que la utilización de vehículos a motor implica, ya de por sí, un riesgo, lo cual conlleva una más rigurosa exigencia a los usuarios de las normas que regulan esa actividad. Así, el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece un catálogo de normas de conducta y de deberes exigibles a los conductores, dirigidas a procurar una mayor seguridad a los usuarios de las vías públicas. De entre ellas, cabe destacar, en lo que aquí interesa, el deber de conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno (art. 9.2); a tener en cuenta las características y el estado de la vía, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento (art. 11.1); a reintegrarse a su carril tanto pronto como le sea posible una vez efectuado un adelantamiento –regla que cabe aplicar también al supuesto de los rebasamientos– (art. 34.3); a respetar la señal más restrictiva cuando coincidan dos o más señales al mismo tiempo (art. 54.2).

Tomando como punto de partida lo anterior, debe afirmarse que la conducta de la víctima ocupa un papel relevante en la producción del accidente, pues una vez rebasado el camión debió reintegrarse de forma inmediata al carril derecho y, en cualquier caso, al llegar a la intersección de vías, situada 14 metros más allá del punto en el que se encontraba el camión, detenerse ante la señal semafórica que en ese momento se hallaba en rojo; señal que, en todo caso, prevalecía sobre la indicación del funcionario, el cual, recordemos, carece de la condición de Agente de la circulación, únicos cuyas indicaciones son prioritarias sobre todas las demás (art. 54.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990). En este sentido resulta ilustrativo el atestado instruido por la Policía Local en el que se indica que “...a pesar de existir espacio entre el camión y el semáforo rebasado en fase roja por la conductora del Opel Corsa, como para volver a su derecha dicha conductora y detenerse ante el mencionado semáforo...”.

Cabe aquí recordar una consolidada doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de junio y 9 de mayo 2000 y de 16 de noviembre de 1998, entre otras muchas), en

la que ha venido a declarar que la Administración queda exonerada cuando es la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido, y en el supuesto cuyo análisis ahora nos ocupa no cabe duda de la inexistencia de nexo causal entre el actuar de la Administración y los efectos lesivos que se le imputan, precisamente al ser la conducta de la perjudicada la única determinante del daño producido.

Negada la concurrencia de nexo causal entre la actuación administrativa y los daños alegados, no es necesario efectuar un pronunciamiento sobre la valoración económica de éstos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 82/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. T. F. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 11/06/07

Extracto de Doctrina

La lex artis es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la lex artis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de julio de 2005, D. T. F. G., D. T. D. F. S. y D. I. F.-W., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, por la muerte de la esposa y madre de los reclamantes, D. A. E. F. G., que imputan a la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Según los reclamantes el 26 de febrero de 2003, sobre las 19.45 horas, D. A. E. F. G., estando en casa, sufrió un fuerte dolor en el pecho que se irradiaba hasta el cuello y la

boca. Avisado el Servicio de Urgencias de Molina de Segura, llega una ambulancia con UVI Móvil, con el médico D. P. M. L., aproximadamente sobre las 21.00 horas.

Una vez en el domicilio, el facultativo se limitó a hacer algunas preguntas sobre los antecedentes clínicos de la enferma y la examinó con el fonendoscopio. Seguidamente dijo que lo que tenía procedía del estómago, y que con una inyección de buscapina se tranquilizaría. Le recetó unas tabletas y unos sobres para que se los tomara muy lentamente como alimento y que no comiera nada, por lo menos hasta el medio día siguiente. Dijo también que fuera controlada por su médico de cabecera.

El médico se marchó sobre las 21.30 horas.

La paciente, a pesar de continuar con los dolores en el pecho, se acostó en su cama. A las 8.30 horas del día siguiente apareció muerta.

A las 13.00 horas del mismo día 27 de febrero, se le practicó por el médico forense la autopsia, certificando que el fallecimiento se había producido entre 2 y 6 horas antes, y que la causa había sido un aneurisma aórtico supraaórtico disecante.

Los reclamantes estiman que ha existido un “error imprudente” cometido por el médico de urgencias al no practicar pruebas elementales que hubieran permitido detectar la dolencia cardíaca (cosa que podría haber hecho bien en la UVI Móvil o bien trasladándola al Centro asistencial más cercano) y trasladarla a algún centro hospitalario con unidad coronaria, donde se le hubiera podido instaurar el tratamiento adecuado.

Por todo lo expuesto solicitan una indemnización total de 350.000 euros, según el siguiente desglose: para el viudo, 100.000 euros; para la hija mayor de edad, 100.000 euros; y para el hijo discapacitado y dependiente de la víctima, 150.000 euros.

Se adjuntan con la reclamación los siguientes documentos:

a) Escritura de apoderamiento que otorgan los reclamantes, acreditativa de la representación con la que actúa el Letrado que interpone la reclamación.

b) Informes de atención domiciliaria correspondientes a la asistencia urgente prestada el día 26 de febrero y de certificación de la muerte el día siguiente.

c) Informe de autopsia que concluye como causa de la muerte la rotura aórtica por aneurisma disecante.

d) Fotocopia del libro de familia.

SEGUNDO.- Por los hechos relatados se siguieron Diligencias Previas por delito de homicidio con imprudencia ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Molina de Segura, con el nº X, en el que se dictó Auto de sobreseimiento provisional, que recurrido en apelación fue desestimado por otro de fecha 7 de enero de 2005. La Audiencia Provincial, no obstante confirmar el sobreseimiento, en el último auto de los citados llega a manifestar que *“ambos argumentos impiden otorgar trascendencia penal a la evidente imprudencia en que incurrió el denunciado, que efectivamente debió extremar las medidas de exploración, trasladándola al centro médico y realizando las pruebas médicas necesarias para aclarar el origen del dolor de pecho, incluso reclamando la intervención de un especialista en la materia, descartando la enfermedad vascular. Por tanto, la expresada imprudencia debe juzgarse en el proceso civil o contencioso-administrativo correspondiente”*.

TERCERO.- El 19 de julio de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación, encargando la instrucción a su Servicio Jurídico, que solicita a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia copia de la historia clínica e informe del facultativo que atendió a la fallecida.

Así mismo solicita al Juzgado de Instrucción nº 1 de Molina de Segura copia de las Diligencias Previas X.

CUARTO.- La Gerencia de Atención Primaria de Murcia remite copia de las asistencias de Urgencia prestadas a la paciente los días 26 y 27 de febrero de 2003, no existiendo más historia clínica.

QUINTO.- Desde el Juzgado de Instrucción se remite copia de las Diligencias Previas solicitadas, en las cuales consta la declaración del imputado, el Dr. P. M. L., quien manifiesta:

“Que los síntomas que tenía la paciente se pueden deber a la enfermedad que padecía o a otra causa. Que cuando ve a la paciente no le habla de ningún dolor intenso en el pecho, sino que hablaba de dolor abdominal y torácico, diarrea y nauseas y que el dolor se iba hacia el pecho pero no decía que fuera intenso ni agudo, lo que podría indicar en su caso una crisis cardiaca.

A preguntas del letrado Sr. P. C., manifiesta: Que el diagnóstico de un aneurisma de aorta puede ser bastante complicado. Que los medios que él tenía eran un fonendoscopio, un esfigmomanómetro (aparato para tomar la tensión), un pulsioxímetro, que sirve para ver la saturación de oxígeno en la sangre y, en la ambulancia, llevan un electrocardiógrafo. Que con ninguno de esos aparatos se puede diagnosticar un aneurisma de aorta. Que solo cuando los síntomas de la paciente les hacen sospechar que puede ser esa enfermedad, se trasladaría para realizar pruebas a un hospital.

Que la tensión que tenía la paciente (12-7), es la normal para una persona que tiene la tensión controlada con un tratamiento como era el caso de esta señora. Que no es una tensión baja.

A preguntas de la letrada Sra. M. L. manifiesta: Que las siglas que aparecen justo delante de TA 120/70 son B.E.G, abreviatura de buen estado general. Que Sat. O2, es la saturación de oxígeno, que era normal al ser de 97%. Que FC es la frecuencia cardiaca y la frecuencia de 60 es normal.

Que esta no es la sintomatología habitual de un aneurisma de aorta”.

Tras esta declaración y a instancias del actor se formulan al Instituto de Medicina Legal de Murcia diversas preguntas, que son contestadas por un Médico forense con el siguiente tenor:

1º) *Que dicha mujer falleció según consta en informe de autopsia realizado por el Dr. R. B. el día 27 de febrero de 2003, como consecuencia de una rotura de aneurisma disecante de aorta.*

2º) *¿Qué es un aneurisma disecante de Aorta? El mal llamado aneurisma disecante de aorta (actualmente debe de hablarse de hematoma disecante de Aorta), es una disección (separación) entre la capa íntima de la aorta y el resto de capas de la pared de la misma, que se produce por la entrada de sangre circulante aprovechando una zona de debilidad*

de fibras elásticas de la pared y favorecida por un cuadro previo de hipertensión arterial, produciéndose un pequeño desgarró de la capa íntima por donde penetra la sangre, la cual va aumentando la cavidad aneurismática de forma progresiva, tanto en dirección distal como proximal, hasta que hay un momento en que se produce una rotura de dicha dilatación plena de sangre a pericardio, produciéndose un hemopericardio con taponamiento cardiaco y muerte en asistolia, o bien en zona torácica descendente, ocasionando un hemotórax o a nivel abdominal generando un hemoperitoneo y fallecimiento por anemia aguda o shock hipovolémico.

Los aneurismas aórticos, en más del 90% de los casos deben de presentarse en personas hipertensas importantes de larga evolución.

3º) ¿Cuáles son los síntomas de un aneurisma disecante de Aorta? La sintomatología es variable, y ya nos centramos en un aneurisma de localización aórtica ascendente, como es el caso que nos ocupa. No se puede hablar de una sintomatología ni típica ni patognomónica, siendo grande el abanico de posibilidades:

a) Asintomático toda una vida resultando el primer dato clínico las consecuencias de la rotura del mismo, es decir, una muerte súbita.

b) Clínica insidiosa de epigastralgia y precordialgia, no superponible a un cuadro de isquemia cardiaca y difícilmente sospechable clínicamente, con un diagnóstico diferencial clínico muy difícil con otras patologías. En definitiva, un cuadro de dolor poco característico por la propia variabilidad del cortejo acompañante.

c) Dolor precordial agudo de tipo isquémico similar a un infarto agudo de miocardio en aquellos casos en que la disección del aneurisma progresa a territorio coronario, pero que en cualquier caso pensaríamos en un infarto y no en un aneurisma aórtico.

4º) ¿Es un electrocardiograma un medio apto para detectar la existencia de un aneurisma de aorta? No. El trazado electrocardiográfico en una persona que sufra un aneurisma de aorta nunca es específico, ya que el electrocardiograma refleja el estado del corazón, no de la aorta, y en su caso los hallazgos serían compatibles con los de una persona hipertensa de larga evolución, como puede ser una hipertrofia ventricular izquierda, ocasionando una desviación en el eje cardiaco, pero nunca encontraremos datos patognomónicos de aneurisma. Los medios diagnósticos de un aneurisma en un principio son eminentemente radiológicos, con técnicas de tipo de Resonancia Magnética Nuclear o Tomografía Axial Computerizada.

5º) ¿Si un paciente con las características y síntomas reflejados en fas historias clínicas que obran en autos, serían síntomas claros y evidentes de padecer la indicada enfermedad? No, por lo expuesto anteriormente. Con una exclusiva exploración clínica podemos decir que es prácticamente imposible diagnosticar un aneurisma de este tipo”.

SEXTO.- Por los reclamantes se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, en mayo de 2006, por silencio administrativo, sustanciándose como Procedimiento Ordinario 257/2006.

En la demanda se reproducen las alegaciones que fundamentan la reclamación y se rebaja la pretensión indemnizatoria, solicitando ahora las siguientes cuantías: 72.460,59 euros para el viudo; 40.255,89 euros para el hijo minusválido; y 8.051,18 euros para la hija. El total de la indemnización solicitada asciende a 120.767,66 euros.

Junto a la demanda contenciosa se aporta diversa documentación que no consta en el expediente administrativo de la reclamación inicial. Así, documentación acreditativa de la condición de minusválido (65%) del hijo de la finada

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, se emite el 5 de diciembre de 2006, y en él se indica que la descripción de la exploración realizada por el médico no pone énfasis en hallazgos patológicos diferentes de la patología abdominal, a la que apuntarían las náuseas, vómitos, diarrea y dolor en abdomen.

En cuanto al dolor torácico, se afirma que la historia clínica (enfermedad actual y antecedentes patológicos personales y familiares) y el examen físico son las herramientas esenciales para un correcto diagnóstico. Carece la historia de datos acerca de la localización del dolor, intensidad, carácter, irradiación, factores precipitantes o maniobras que lo modifiquen, por lo que no puede ser evaluado. En la literatura médica el dolor torácico agudo se divide en afecciones de etiología cardiovascular y no cardiovascular. Entre estas últimas estarían las de origen gastrointestinal.

Sobre la alegación de no haber practicado las pruebas necesarias para descartar la dolencia cardíaca, se indica en el informe que existiendo un electrocardiógrafo en la ambulancia que realizó la asistencia domiciliaria, *“no debió haber inconveniente en la realización de un electrocardiograma a la paciente, ya que sería igualmente de consenso que en los primeros 10 minutos se realice un ECG a todo paciente con dolor torácico no traumático. Bien es verdad, que una vez conocida la evolución de la situación esto no diagnosticaría la grave dolencia hallada en la autopsia, pero sí es cierto que se trataba de un dolor torácico agudo, había electrocardiógrafo disponible, y no se utilizó”*.

Continúa el informe diciendo que *“no se sospechó patología cardíaca. Según la descripción de síntomas podía pensarse en patología abdominal. Náuseas y vómitos pueden provocar aumento de tensión arterial y si hubiese o no inicio de aneurisma, teniendo en cuenta que la paciente tenía HTA (hipertensión arterial) e hipercolesterolemia, pudieron influir en que después de la visita médica, se desencadenase un cuadro que llevó inevitablemente al desenlace conocido.*

La sospecha de aneurisma está dentro de una planificación de la atención que no se encuentra en el día a día. El tiempo que media entre la primera asistencia médica del día 26 y el fallecimiento de la paciente unas horas más tarde podría ser un periodo de tiempo en que circunstancialmente se desarrollase y llegase a ser causa de la muerte un aneurisma aórtico anteriormente asintomático, siendo en este caso, la patología gastrointestinal bien evaluada por el facultativo y siendo una evolución no esperada, puesto que no se conocía la realidad del aneurisma, el fatal desenlace”.

Concluye el informe que no queda demostrado que *“la causa de la muerte esté relacionada con la asistencia prestada a la paciente”*.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, sólo Z. presenta Dictamen Médico, el cual concluye:

“1. D. A. E. F. G. fue asistida de forma urgente en su domicilio por atención primaria el día 26 de febrero de 2003.

2. El motivo de consulta fue la presencia de dolor torácico, aunque posteriormente en la anamnesis paciente refirió también dolor de localización abdominal, náuseas, vómitos

y diarrea, que parecían orientar más hacia la presencia de una patología primariamente digestiva.

3. Esto unido a la ausencia de repercusión en el estado general y las constantes de la paciente, así como la normalidad de la exploración física sugerían la posibilidad de un manejo ambulatorio de la paciente y parecían descartar inicialmente la posibilidad de una patología de riesgo vital.

4. Dada la disponibilidad de aparato de electrocardiograma, la presencia de dolor torácico y de factores de riesgo cardiovascular en la paciente, hubiera sido recomendable la realización de un electrocardiograma.

5. Pese a lo señalado en el punto anterior entendemos que la realización del electrocardiograma no hubiera aportado datos relevantes para el diagnóstico y manejo de la paciente, pues no existen lesiones coronarias, ni datos de isquemia miocárdica en la autopsia realizada, a la enferma.

6. Tampoco es probable que el traslado hospitalario de la paciente hubiera permitido alcanzar un diagnóstico de disección aórtica, pues ni la clínica de la paciente (especialmente con la existencia de diarrea y las características del dolor torácico), ni los datos de exploración (auscultación cardíaca normal, pulso y presión arterial normal, dolor a la palpación epigástrica) permitían establecer la disección aórtica como un diagnóstico a considerar de entrada en esta enferma.

7. Finalmente tampoco el hecho de haber alcanzado un diagnóstico más precoz, circunstancia que ya hemos rebatido ampliamente, permite garantizar que el resultado hubiera sido distinto, pues por la edad y tipo de disección, la morbimortalidad de la enferma era muy elevada”.

NOVENO.- Remitido el dictamen médico a los reclamantes, formulan alegaciones, ratificando las ya realizadas en el escrito de solicitud inicial, y resaltando ahora los siguientes extremos:

a) Sólo tiene por ciertos los datos consignados en el informe de asistencia urgente sin considerar las manifestaciones de los reclamantes acerca del intensísimo dolor en el pecho, con irradiación hasta la boca, que sufría la paciente.

b) Era recomendable la realización de un electrocardiograma y, sin embargo, no se hizo.

c) Es importante no demorar la asistencia debida ante una emergencia cardiovascular, considerando que si a la paciente se le hubiese detectado en el diagnóstico la gravedad de la patología que sufría, podría haber sido evacuada a un hospital, donde por lo menos habría tenido más posibilidades de ser tratada y haber sobrevivido.

d) En la literatura médica utilizada por los informantes se constata que las náuseas, vómitos y dolor con irradiación abdominal, que en el informe permiten descartar la patología cardíaca, son en realidad síntomas de aneurisma disecante.

Aporta el contenido, en soporte papel, de diversas páginas web de temática médica.

DÉCIMO.- Con fecha 22 de marzo de 2007, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no se dan los requisitos exigidos por el ordenamiento para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones

públicas, singularmente el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño padecido.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados al expediente los preceptivos extractos de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación fue interpuesta por el esposo e hijos de la fallecida, quienes se consideran perjudicados por la pérdida afectiva de un familiar tan cercano, lo que les otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en su condición de titular de la función pública de atención sanitaria de la población, singularmente, de la asistencia médica domiciliaria urgente, a la que se imputa el daño padecido.

2. En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. El fallecimiento se produce el 27 de febrero de 2003, mientras que la reclamación ante la Administración regional se presenta el 8 de julio de 2005. En dicho período, no obstante, los interesados presentaron denuncia que dio lugar a la incoación y tramitación de Diligencias Previas (X) por delito de homicidio imprudente, por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Molina de Segura, que dictó Auto de sobreseimiento provisional, luego confirmado en apelación por Auto de la Audiencia Provincial de 7 de enero de 2005.

La tramitación de este procedimiento penal impide considerar prescrito el derecho a reclamar del viudo e hijos de la fallecida, en atención al consolidado criterio jurisprudencial que otorga al proceso penal eficacia interruptiva del plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

Atendiendo a dicha doctrina y dado que el Auto que resuelve el recurso de apelación frente al sobreseimiento, se dicta con fecha 7 de enero de 2005, resulta evidente que cuando se interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial, el 8 de julio de ese mismo año, aún no se había agotado el plazo anual al que se refiere el artículo 4.2 RRP.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP. Precisamente esta circunstancia ha llevado a los reclamantes a presentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio de su reclamación. En cualquier caso, ni el mero transcurso en exceso del plazo de resolución, ni el inicio de la vía contenciosa exoneran a la Administración de la obligación de resolver de manera expresa la reclamación, que le impone el artículo 42.1 LPAC; resolución que, por imperativo del artículo 43.4, letra b) LPAC, se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio producido.

Asimismo, no consta en el expediente el informe del facultativo que prestó la asistencia sanitaria urgente y a cuya actuación se imputa el fallecimiento de la paciente. Debe recordarse aquí que el artículo 10.1 RRP exige, con carácter preceptivo, que se solicite el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Ello no obstante, sí consta en el expediente el acta de declaración de imputado, vertida por el referido médico en el curso de las actuaciones penales, donde queda constancia tanto de la actuación llevada a cabo como de las impresiones médicas que le movieron a diagnosticar la patología abdominal y no el aneurisma.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es

decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículos 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y, desde el 16 de mayo de 2003, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

I. Para los reclamantes, la causa del daño es el erróneo diagnóstico efectuado por el facultativo que prestó la asistencia domiciliaria urgente, quien no advirtió la patología que aquejaba a la paciente, lo que derivó en la no realización de ulteriores pruebas diagnósticas que hubieran podido desvelar el verdadero mal que padecía y permitido la instauración de un tratamiento eficaz para su curación.

Como ya advertimos en la Consideración anterior, la determinación del nexo causal entre la asistencia sanitaria y el daño y la calificación de éste como antijurídico exige analizar la conducta del facultativo interviniente para establecer un juicio de adecuación o no de su actuación a una buena praxis médica, a la denominada “*lex artis ad hoc*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento

profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación del facultativo interviniente se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

II. La asistencia domiciliaria prestada a la reclamante se describe en la escueta historia clínica aportada por la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, y en la declaración del propio facultativo. La valoración de dicha asistencia y en qué medida en ella podía ya haberse identificado la etiología vascular de las dolencias que presentaba la paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la aplicación de otras posibles pero omitidas, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, resulta trascendental la aportación de informe pericial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–, que no ha sido traído al procedimiento por los actores. Ante la ausencia de informes periciales médicos que sustenten las alegaciones de los reclamantes, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite error en el diagnóstico inicialmente efectuado, siendo insuficiente a tal efecto la aportación al expediente en trámite de alegaciones de literatura médica que establece las diversas pruebas y medios que permiten alcanzar un diagnóstico de disección aórtica, y que apunta como síntoma de ésta la existencia de vómitos y náuseas.

En relación con las pruebas diagnósticas, la literatura aportada no es suficiente desde el momento en que no especifica que la ciencia médica aconseje su realización en las circunstancias y ante los síntomas que presentó la paciente. Ha de recordarse, una vez más, que el juicio acerca de la adecuación o no a normopraxis de una actuación médica ha de hacerse “*ad hoc*”, es decir, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, para lo que no es útil una publicación científica, que efectúa un estudio o análisis genérico de cada dolencia. Para que esta fuente pueda adquirir una eficacia probatoria suficiente debe venir

acompañada de un juicio técnico especializado que aplique sus consideraciones al caso concreto, lo que no se ha hecho.

En cuanto a las náuseas o vómitos que la misma fuente alegada por los reclamantes califica como síntomas de la disección aórtica, y al margen de hacer extensiva la observación precedente acerca de la necesidad de un juicio técnico que complemente y aplique la publicación al caso concreto, lo cierto es que la referida publicación sitúa tales síntomas entre otros muchos que pueden orientar el diagnóstico de la enfermedad hacia una etiología vascular. Y lo cierto es que de la enumeración de signos que harán pensar al médico en dicha patología, son pocos los que se dan en la paciente, según el informe de asistencia que consta en el expediente. Así, al margen del dolor en el pecho, cuya localización exacta, intensidad y posible irradiación no quedan acreditadas –lo que para la Inspección Médica impide determinar si el dolor que motivó la solicitud de asistencia presentaba las características que lo convertirían en síntoma de la disección aórtica–, la paciente aparece consciente y orientada (“C y O”) y presenta un buen estado general (“BEG”), con una tensión arterial (12-7) que puede ser calificada de normal y un pulso también normal de 60 latidos por minuto.

Si contrastamos el resultado de la exploración física con la literatura traída al procedimiento por los reclamantes, se advierte que, aunque se tuvieran por ciertas las manifestaciones de aquéllos acerca de los signos de enfermedad que motivaron la solicitud de atención domiciliaria urgente, que aparecen huérfanas de prueba, aún así, decimos, la paciente no presentaría los siguientes síntomas: confusión o desorientación, disminución del movimiento o la sensibilidad en cualquier parte del cuerpo, ansiedad intensa, angustia, palidez, pulso débil y rápido, sudoración profusa, piel y boca secas, sed, mareos, desmayos ni dificultad para respirar al estar acostada.

Por el contrario sí que aparece un síntoma que no está descrito como típico de la patología vascular y sí de una de origen gastrointestinal como es la diarrea, la cual unida a otros síntomas tan inespecíficos como las náuseas, los vómitos, y el dolor abdominal, centran la atención del médico en una enfermedad de localización abdominal, con la que tampoco es incompatible la existencia de dolor torácico agudo, como indica la Inspección Médica.

Asimismo, el informe elaborado por el Instituto de Medicina Legal de Murcia, en el seno del procedimiento penal, es tajante al afirmar que *“con una exclusiva exploración clínica podemos decir que es prácticamente imposible diagnosticar un aneurisma de este tipo”*.

De lo expuesto se desprende que no cabe concluir, como pretenden los reclamantes, que en la primera asistencia de urgencias pudiera detectarse la verdadera naturaleza de su mal, pues, atendidas las circunstancias, el médico actuó de acuerdo con la “lex artis”. En efecto, realizó las pruebas diagnósticas que tenía a su alcance (exploración física e interrogatorio de antecedentes personales y familiares) y el resultado de las mismas orientó su juicio clínico hacia una patología que resultaba compatible con los síntomas que presentaba la paciente (muy habituales en patologías gastrointestinales y que carecía de otras manifestaciones patológicas que pudieran orientar el diagnóstico hacia la disección aórtica), sin que haya quedado acreditado en el expediente que la “lex artis ad hoc” aconsejara la realización de ulteriores pruebas para conseguir un diagnóstico diferencial con una patología vascular cuyos signos específicos no consta que presentara la paciente al momento de la exploración, tales como la ausencia de pulsos periféricos, la diferencia de presión sanguínea entre unas extremidades y otras, y el soplo de insuficiencia aórtica.

En cuanto a la no realización del electrocardiograma, prueba diagnóstica que era posible efectuar en el domicilio de la paciente, tanto la Inspección Médica como los peritos de la compañía de seguros coinciden en indicar que, si bien habría sido aconsejable su práctica, dados los antecedentes personales de la enferma y el dolor torácico que presentaba, ello no habría permitido descubrir la disección aórtica. La razón de ello estriba en la inadecuación del electrocardiograma como instrumento para alcanzar el juicio clínico de disección aórtica, lo que, por otra parte, se ratifica en la literatura médica aportada por los reclamantes al expediente, en la que no consta como prueba que permita detectar la referida patología vascular.

Ante la ineficacia de la actividad probatoria desplegada por los reclamantes para sustentar su tesis, la única valoración técnica de la asistencia prestada por el facultativo la constituye el informe de la Inspección Sanitaria y el aportado por la compañía de seguros, que revelan la dificultad de diagnosticar una disección aórtica con los síntomas que presentaba la paciente a la exploración física, no pudiendo achacar al médico un error en el diagnóstico.

Frente a este juicio técnico no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por los actores en sus escritos de alegaciones, que no dejan de ser meras afirmaciones de parte realizadas por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico. Correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia del error de diagnóstico, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre las dolencias de la paciente y el funcionamiento del servicio sanitario público ni el carácter antijurídico de dicho daño, procediendo en consecuencia confirmar la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

III. No obstan a dicha conclusión las apreciaciones efectuadas por la Audiencia Provincial acerca de la “imprudencia” en que a su juicio incurrió el facultativo de urgencias, al no extremar las medidas de exploración, trasladando a la paciente a un centro médico y realizando las pruebas necesarias para aclarar el origen del dolor en el pecho.

En primer lugar porque tales manifestaciones se efectúan en el seno de un procedimiento penal, tras realizar un análisis de los hechos exclusivamente desde la perspectiva que es propia de tal orden jurisdiccional y que persigue la determinación de si lo acaecido puede ser englobado en un tipo delictivo concreto, el de homicidio imprudente. Descartada la responsabilidad penal, y para derivar el enjuiciamiento de si procede alguna otra responsabilidad (civil o patrimonial) al orden jurisdiccional competente, efectúa, a modo de *obiter dicta*, una calificación de la conducta del médico que resulta ajena al ámbito de su jurisdicción y que no puede vincular a la Administración regional.

Sobre la cuestión de la incidencia del proceso penal en el posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial, el Tribunal Constitucional ha clarificado su alcance en la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, al enjuiciar el principio “non bis in idem”. En efecto, esta Sentencia viene a considerar que cuando un ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse el enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, ha de hacerse con independencia si resulta de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos,

pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De ahí que únicamente los hechos declarados probados por una resolución judicial firme vinculen a la Administración al resolver una pretensión indemnizatoria, y no cualesquiera manifestaciones efectuadas desde una perspectiva extraña a la específica rama del ordenamiento que ha de ser aplicada para la determinación de la existencia de la responsabilidad patrimonial y que, por ese mismo motivo, no atiende a la concurrencia o no en el supuesto de los requisitos exigidos para el nacimiento de dicha responsabilidad.

En consecuencia, careciendo la manifestación de la Audiencia Provincial del carácter y efectos de los hechos probados, acomodándose más al concepto de opinión acerca de una conducta, ajena al ámbito que es propio de su jurisdicción (artículo 9.1, 3 y 4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), y realizada desde una perspectiva extraña al ordenamiento administrativo aplicable al enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial, ninguna incidencia ha de tener en la resolución de la reclamación sometida a consulta.

QUINTA.- De la evaluación del daño.

Si bien la conclusión alcanzada en la Consideración precedente acerca de la ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración haría innecesario un estudio del daño alegado y de su cuantificación, la disparidad existente entre la indemnización solicitada en la reclamación inicial y la pretendida en vía contencioso-administrativa mueven al Consejo Jurídico a efectuar la presente Consideración.

Sin pretender desconocer el inmenso dolor que la pérdida de un familiar tan cercano ocasiona en los reclamantes, el ejercicio de la acción de responsabilidad les obliga a efectuar la difícil labor de cuantificarlo económicamente. Ello sería prácticamente imposible de no contar con instrumentos que ayudan en dicha tarea, al establecer criterios objetivos que orientan tal evaluación. El de uso más extendido es el sistema fijado por la legislación de seguros para la valoración de los daños sufridos por las personas en accidentes de tráfico.

De conformidad con el baremo en que se basa dicho sistema, atendidas las circunstancias familiares y personales (67 años) de la fallecida y el año en que se produce el fallecimiento, la indemnización que correspondería, sería la siguiente:

- Al viudo, 65.992,722141 euros.
- A la hija (mayor de 25 años): 7.332,523969 euros.
- Al hijo minusválido: 7.332,523969 euros, cantidad sobre la que cabría aplicar un factor de corrección de entre el 25 y el 50%, en concepto de discapacidad física o acusada. Atendido el grado de minusvalía (65%), la edad del beneficiario (35 años) y que no precisa del concurso de terceras personas, cabría establecer el factor de corrección en un estadio intermedio del intervalo: un 35%. Aplicado tal factor de corrección, correspondería una indemnización de 9.898,9 euros.

Sumadas todas las cuantías indicadas, la indemnización total resultante ascendería a 83.224,14 euros, cantidad muy inferior a los 350.000 euros a que se contraía la inicial pretensión indemnizatoria, e incluso a los 120.767,66 euros solicitados en la demanda contenciosa.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 83/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. L. M. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad S. S. M., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 11/06/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 84/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. D. B. C., como consecuencia de los daños sufridos por Resolución del Tribunal de las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la CARM.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 11/06/07

Extracto de Doctrina

1. Debe recordarse aquí cómo la jurisprudencia ha asumido el principio de la actio nata que impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar mientras no se tenga cabal conocimiento del daño y de los elementos de orden fáctico y jurídico necesarios para el ejercicio de la acción (SSTS, Sala 3^a, de 27 de abril de 1999; de 21 de marzo de 2000, y 3 de mayo de 2000, entre otras).

2. Es parecer de este Consejo Jurídico, como ya se indicó en nuestros Dictámenes 114/2005 y 41/2006, que, en supuestos como éste, no cabe la generalización en ninguno de los dos sentidos doctrinales posibles; muy al contrario, se impone, como ocurre casi siempre en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, atender a las circunstancias concurrentes en cada caso particular.

3. *Parece claro que si el legislador hubiera querido que la Administración vencida en juicio tuviera que responder en todo caso de las costas del proceso así lo habría dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de 6 de julio de 1998, la Consejería de Presidencia convoca pruebas selectivas para cubrir 30 plazas del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Regional, por el sistema de acceso libre.

SEGUNDO.- El 20 de diciembre se celebra el primer ejercicio de la fase de oposición. Tras la corrección, efectuada por medio de lector óptico, el 23 de diciembre se elabora una resolución provisional de aprobados en el primer ejercicio, una vez realizado el acto de unión de cabeceras. Contra dicha resolución cabía interponer reclamación en el plazo de diez días.

Como consecuencia de las reclamaciones efectuadas, el Tribunal dio por válidas dos respuestas en la pregunta 3 del Tipo de Examen 1 y en la 30 del Tipo de Examen 2, dictando una resolución de 29 de enero de 1999, comprensiva de todas las reclamaciones efectuadas y contestando a cada una de ellas. Frente a dicha resolución cabía interponer recurso ordinario en el plazo de un mes desde el día siguiente a su exposición, la cual tuvo lugar el mismo 29 de enero.

La resolución definitiva con las calificaciones del primer ejercicio fue dictada por el Tribunal con fecha 10 de febrero de 1999.

TERCERO.- D. M. D. B. C. interpuso recurso ordinario el 24 de febrero de 1999 frente a la Resolución del Tribunal Calificador de 29 de enero, que es desestimado por Orden de la Consejería de Presidencia de 19 de mayo de 1999.

Contra la anterior Orden D. M. D. interpuso recurso contencioso-administrativo, resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia mediante Sentencia 579/2001, de 29 de septiembre, cuyo fallo estima parcialmente el recurso interpuesto, en tanto que considera *“correcta la respuesta dada por la actora a la pregunta nº 50, del cuestionario tipo 1, del primer ejercicio dando como válida esta respuesta, con todas las consecuencias correspondientes”*.

La sentencia, que es firme, es recurrida en casación para unificación de doctrina por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, recurso que fue inadmitido mediante Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 30 de junio de 2005.

CUARTO.- Mediante Orden de 6 de septiembre de 2005 de la Consejería de Economía y Hacienda, se ordena la ejecución de la referida sentencia 579/2001, cuya primera consecuencia fue declarar la superación por D. M. D. del primer ejercicio de las pruebas selectivas citadas, a través de resolución dictada por el Tribunal Calificador el 16 de junio de 2006, en la que se hace pública la puntuación de 5,09 puntos obtenida por D. M. D. en dicho primer ejercicio, y se le convoca para la realización del segundo el día 27 de junio de 2006.

Este segundo ejercicio también es aprobado por D. M. D. con una puntuación de 5,025 puntos, conforme consta en la Resolución definitiva del Tribunal Calificador de 3 de julio

de 2006, en la cual también se le convoca para la realización del tercer ejercicio el día 10 de julio de 2006.

El tercer ejercicio no es superado por la interesada, al obtener 4,33 puntos. Así consta en la resolución definitiva dictada por el Tribunal Calificador el 31 de julio de 2006.

QUINTO.- El 30 de junio de 1999, el Tribunal dicta resolución definitiva por la que aprueba y publica la relación de aspirantes que constituirían la lista de espera, constando la reclamante en el número de orden 606.

Producida la integración de dicha lista de espera con la resultante de las pruebas selectivas para acceso al mismo Cuerpo por el sistema de promoción interna, mediante resolución de 12 de enero de 2000, de la Dirección General de Recursos Humanos y Organización Administrativa, la interesada quedó en el número de orden 642. Esta lista de espera entra en vigor mediante Orden de 20 de enero de 2000 de la Consejería de Economía y Hacienda, permaneciendo vigente hasta que por Orden de 3 de abril de 2001, de la misma Consejería se declara la entrada en vigor de una nueva lista de espera única del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Regional.

De esta nueva lista de espera, D. M. D. B. aceptó, cuando le correspondió por su número de orden, un nombramiento como personal interino en la Dirección General de Enseñanzas Escolares de la Consejería de Educación y Cultura, código X, tomando posesión de su puesto el 11 de marzo de 2002.

SEXTO.- Como consecuencia de la ejecución de la Sentencia 579/01, de 29 de septiembre, y teniendo en cuenta las calificaciones obtenidas por la interesada en los tres ejercicios de la oposición, el Tribunal dictó resolución definitiva el 31 de julio de 2006, aprobando y haciendo público que a la Sra. B. C. le corresponde en la lista de espera del Cuerpo de Auxiliares Administrativos por sistema de acceso libre, derivada de las Ofertas de Empleo Público 1997/1998, el número de orden 195, con una puntuación de 48,552.

SÉPTIMO.- El 21 de julio de 2006, D. M. D. B. C. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de haber sido suspendida erróneamente en el primer ejercicio de las pruebas selectivas. De la reclamación destacan los siguientes extremos:

– La alegación de base consiste en que al considerar el Tribunal Calificador que no había aprobado el primer ejercicio de la oposición, obtuvo 0 puntos y el puesto 606 de la lista de espera, por lo que nunca llegó a recibir oferta alguna de trabajo como consecuencia de su inclusión en la lista ni, en consecuencia, pudo acumular experiencia que le sirviera como mérito en sucesivas convocatorias ni percibió retribución económica alguna.

– Estuvo desempleada desde el 31 de julio de 1999 (fecha en que cesa como auxiliar de recaudación) hasta el 27 de junio de 2001, en que consiguió trabajo como auxiliar administrativo en una empresa privada. Sus percepciones económicas en esta empresa ascienden a unas 95.000 ptas. (570,96 euros), es decir, unas 50.000 ptas. (300,51 euros) menos que el sueldo de un auxiliar administrativo en la Administración autonómica.

El 11 marzo de 2002, y como consecuencia de su inclusión en una lista de espera diferente a la anteriormente citada, es llamada para un puesto de auxiliar administrativo en la Consejería de Educación y Cultura.

En consecuencia, no prestó servicios en la Comunidad Autónoma desde el 31 de julio de 1999 hasta el 11 de marzo de 2002.

Estos extremos son confirmados por Historia de Vida Laboral expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social, que consta al folio 139 del expediente.

– Los aspirantes que aprobaron los dos primeros ejercicios de la oposición fueron llamados para incorporarse como personal interino a puestos de auxiliar administrativo en la Administración regional a principios del año 2000.

– La valoración del daño sufrido por el error del Tribunal Calificador se hace en atención a los siguientes razonamientos:

“Una nómina media de un auxiliar administrativo de la Comunidad Autónoma en el año 1999 era aproximadamente 162.000 ptas. (937 euros), a dicha cantidad hay que añadir el perjuicio derivado de las cotizaciones no realizadas a la Seguridad Social que valoramos en unas 40.000 ptas. (240 euros) al mes. Lo que hace un total de 1.177 euros mensuales.

Una nómina media de un auxiliar administrativo de la Comunidad Autónoma en el año 2002 (en concreto la mía) era de aproximadamente 1.014 euros, a dicha cantidad hay que añadir el perjuicio derivado de las cotizaciones no realizadas a la Seguridad Social que valoramos en unos 260 euros al mes. Lo que hace un total de 1.274 euros mensuales. (...)

Sobre las bases anteriores se deduce que el importe de los salarios dejados de percibir por D. M. D. B. asciende a la cantidad de 39.174,12 euros.

A dichas cantidades hay que añadirles el interés legal transcurrido desde entonces, cuyo importe habrá que determinar el día de su efectivo pago.

A la cantidad anterior hay que añadir los gastos de un año de academia y de temario, por importe de 1.350 euros.

Habría que sumar el gasto realizado en pagar a una persona que se ocupara de mis hijos, ya que yo estaba estudiando, por importe de 5.828 euros.

Debiendo añadir también los gastos derivados de reclamaciones, abogados y procuradores pendientes de cuantificar en este momento, pero cuyo importe no será inferior a 6.000 euros.

Por tanto el total de los perjuicios económicos causados se calculan en la cantidad de 52.352,12 euros, más los intereses y otros gastos ya indicados pendientes de cuantificar.

Con respecto al daño moral sufrido, es difícil de valorar, debiendo ser tenido en cuenta que el desengaño sufrido ha impedido a D. M. D. B. preparar cualquier otra oposición, por la situación psicológica sufrida, debiendo añadir que la falta de atención y dedicación a la familia, marido e hijos desembocó en la separación matrimonial. En estas circunstancias se valora el daño moral en la cuantía de 30.000 euros, que hay que añadir al importe del perjuicio económico antes referenciado”.

OCTAVO.- Requerido informe al Servicio de Selección de la Dirección General de Función Pública, es emitido con fecha 10 de octubre de 2006. De él destacan los siguientes extremos:

– Tras la ejecución de la sentencia, el Tribunal Calificador otorga a la interesada 48,552 puntos, correspondiéndole el puesto número 195 en la lista de espera derivada de las prue-

bas selectivas de acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos por el sistema de acceso libre. Una vez integrada dicha lista de espera con la procedente de las pruebas de acceso al mismo cuerpo por el sistema de promoción interna, y de acuerdo a la puntuación finalmente otorgada a la interesada, a ésta debió corresponderle el número de orden 218.

– *El primer aspirante por orden de puntuación que aceptó un puesto de trabajo a partir del número 218 fue D.ª M. C. C. M. (núm. 227).*

El puesto de trabajo aceptado por la Sra. C. fue un nombramiento como personal interino, código X, ubicado en el Centro Regional de Hemodonación, con efectos económicos y administrativos desde el día 12 de marzo de 2001 y revocada (sic) en el mismo con fecha 26 de mayo de 2002.

Que el artículo tercero de la Orden de 3 de abril, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se declara la entrada en vigor de la Lista de Espera única del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Regional, procedente de la integración producida por Resolución de 2 de abril de 2001, de la Dirección General de Recursos Humanos, deroga la lista de espera en cuestión, es decir la constituida por Resolución de 12 de enero de 2000.

Finalmente, que de la nueva lista de espera, la Sra. B. aceptó cuando le correspondió por su número de orden, un nombramiento como personal interino, código X, ubicado en la Dirección General de Enseñanzas Escolares, dependiente de la Consejería de Educación y Cultura, tomando posesión del mismo el día 11 de marzo de 2002”.

NOVENO.- Con fecha 10 de octubre de 2006, se solicita a la Unidad de Nóminas y Planificación Retributiva de la Dirección General de Función Pública certificado de las retribuciones correspondientes a un puesto de auxiliar administrativo con nivel de complemento de destino 14 (puesto base), durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2001 y el 26 de mayo de 2002, que se expide con fecha 16 de octubre de 2006, informando que entre el 12 de marzo y el 31 de diciembre de 2001 dichas retribuciones ascienden a un total de 10.740,18 euros; las correspondientes al año 2002 (hasta el 26 de mayo), serían 5.487,17 euros.

DÉCIMO.- El 10 de octubre de 2006 se requiere a D. M. D. B. C. para que aporte en un plazo de 15 días la siguiente documentación:

- Certificado de su vida laboral.
- Certificado de las retribuciones percibidas durante el período comprendido entre el 12 de marzo de 2001 y el 26 de mayo de 2002.
- Certificado de vida laboral, así como original o copia compulsada de los recibos de los salarios percibidos por el personal empleado en el hogar de la interesada.
- Facturas originales o copias compulsadas de los gastos de preparación de oposiciones, academia, temario, etc.

Dentro de plazo la interesada presenta la documentación que seguidamente se relaciona junto con un escrito de alegaciones:

- 12 recibos de la Academia A. correspondientes a las mensualidades de enero a diciembre de 1998 por preparación de oposiciones.

– Certificado del Director de un centro de formación, acreditativo de la realización por la interesada de un curso de informática.

– Certificado de la Academia A. expedido el 29 de julio de 1998, acreditativo de la realización por la interesada de un curso de ofimática.

– Informe de vida laboral de la reclamante.

– Certificado de empresa expedido el 26 de febrero de 2002 a efectos de la solicitud de la prestación por desempleo, donde constan las cotizaciones de D. M. D. a la Seguridad Social por contingencias comunes y de desempleo desde agosto de 2001 a febrero de 2002.

– Nóminas cobradas por la interesada desde el 27 de junio de 2001 hasta el 26 de febrero de 2002.

En el citado escrito de alegaciones D. M. D. indica la dificultad de conseguir la documentación requerida para acreditar los gastos de preparación de oposiciones y de empleada de hogar, y advierte que *“la convocatoria de la oposición que nos ocupa se realizó por orden de 6 de julio de 1998, y es posible que se esté tomando en consideración la oposición convocada por orden de 18 de octubre de 1999”*.

UNDÉCIMO.- Conferido trámite de audiencia, la interesada examina el expediente y retira copia de diversa documentación.

Con fecha 19 de diciembre de 2006 presenta escrito de alegaciones en el que pone en duda que, de haber ido ubicada en el puesto número 218 de la lista de espera, no se la hubiera llamado a trabajar hasta marzo de 2001. Afirma que los aspirantes que configuraban dicha lista y que estaban ubicados entre los números 200 y 400 recibieron sus llamamientos a principios del año 2000, indicando que en la copia de la lista de espera a la que ha podido tener acceso constan anotaciones por parte del gestor de la misma que así lo acreditan, pues los días 3 y 6 de abril de 2000 se efectúa el llamamiento de los aspirantes números 245 y 258, respectivamente, si bien no llegan a presentarse.

En definitiva, no acepta que se la compare con una sola aspirante, que empezó a prestar servicios en marzo de 2001, cuando otros aspirantes colocados en posiciones más retrasadas que la suya lo hicieron a principios del año 2000.

Asimismo, se alega por la interesada que no le ha sido notificada la resolución de su reclamación frente a la puntuación otorgada en el tercer ejercicio de la oposición, resolución que tampoco ha sido publicada, como era preceptivo, por el Tribunal Calificador bajo la forma de resolución definitiva.

DUODÉCIMO.- El 11 de enero de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al entender que el derecho a reclamar de la interesada habría prescrito. Además, niega que se den los requisitos legalmente establecidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en tanto que faltaría la exigencia de haberse producido un daño efectivo.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, V.E. remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de enero de 2007.

A los anteriores Hechos resultan de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

Concurre legitimación activa en la reclamante en su condición de integrante de la lista en la que fue indebidamente relegada, lo que le deparó unos pretendidos daños económicos que motivan la presente reclamación, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.1, letra a) LPAC.

Es competente para conocer y resolver la reclamación la Consejería de Economía y Hacienda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 142 LPAC y 16.2, letra o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ya que el daño alegado se habría producido por un deficiente funcionamiento de los servicios públicos integrados en dicho Departamento. En efecto, el Tribunal de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, cuya calificación inicial del primer ejercicio de la ahora reclamante fue anulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, es un órgano de existencia puramente temporal, sin vocación de permanencia y cuya actividad es puramente vicarial, en la medida en que se dirige a formular una propuesta de selección de quienes habrán de alcanzar la condición de funcionarios por nombramiento de la Consejera competente en materia de Función Pública, que es quien a su vez nombra a los miembros del órgano calificador. Esta peculiar naturaleza se plasma en el artículo 114.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, en orden a establecer el órgano superior ante el que interponer el recurso de alzada, establece que los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

Se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 5 y siguientes RRP, obrando en el expediente informes del Servicio afectado (Dirección General de Función Pública) y el trámite de audiencia a la interesada.

TERCERA.- Plazo para reclamar y prescripción.

Sostiene la propuesta de resolución que el derecho para reclamar habría prescrito, toda vez que la sentencia que declaró el error en que había incurrido el Tribunal Calificador alcanzó firmeza el 29 de septiembre de 2001 y la reclamación no se presentó hasta el 21 de julio de 2006, vencido ya con creces el plazo de prescripción de un año que el artículo 142.4 LPAC establece.

El referido precepto dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no

presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva para el derecho a reclamar que derive de la anulación. Debe completarse esta previsión con el artículo 4.2 RRP, que precisa el necesario carácter firme de la sentencia anulatoria para que comience el cómputo del plazo de prescripción.

Una interpretación literal de dichos preceptos llevaría a tomar como *dies a quo* del plazo de un año de prescripción la fecha de la sentencia, por lo que habiéndose dictado ésta el 29 de septiembre de 2001, es evidente el transcurso del plazo cuando el 21 de julio de 2006 se presenta la reclamación. Ahora bien, la sentencia no otorgó directamente el derecho a formar parte de la lista de espera ni, menos aún, estableció el número de orden que correspondía a la interesada, sino que declaró correcta la respuesta dada por ella a una de las preguntas del cuestionario en que consistía el primer ejercicio de la oposición, *“debiendo proceder el Tribunal a la nueva calificación del ejercicio dando como válida esta respuesta, con todas las consecuencias correspondientes”*.

Y es que hasta que se procede a la total ejecución de la sentencia con la previa actuación del órgano selectivo -nueva calificación del primer ejercicio; realización y calificación de los dos ejercicios restantes; y valoración de los méritos de la interesada para su inserción en la lista de espera- y posterior de la Dirección General de Función Pública, mediante la integración de las listas de espera procedentes de los sistemas de acceso libre y promoción interna, para determinar el número de orden que habría correspondido a la interesada en la lista de espera única del Cuerpo de Auxiliares Administrativos, aquélla no conoce el alcance del perjuicio sufrido, pues ignora ese último extremo, fundamental para poder determinar si habría tenido derecho a ser llamada para ocupar un puesto de trabajo y en qué momento debería la Administración haberlo hecho. Así lo demuestra la propia actuación instructora cuando, en orden a tramitar el procedimiento de reclamación, debe recabar del Servicio de Selección diversa información necesaria para determinar el alcance de los eventuales daños sufridos por la Sra. B., solicitando informe acerca de si *“tras la ejecución del pronunciamiento judicial, la interesada hubiera accedido a la lista de espera correspondiente y si ello hubiera sido así, en qué lugar de la misma hubiera quedado y los llamamientos que se produjeron hasta la entrada en vigor de otra”*. Aún más expresivo es el siguiente párrafo extraído de la propuesta de resolución y que consta al folio 211 del expediente: *“las consecuencias de la ejecución del fallo de la Sentencia 579/2001 eran imposibles de concretar en el momento de su dictado, pues dependían de la actuación de la reclamante, toda vez que podían conllevar su nombramiento como funcionaría de carrera o la mejora de su puntuación y número de orden en la lista de espera derivada de esas pruebas selectivas”*.

Por tanto, no resulta aplicable el artículo 142.4 LPAC, en la medida en que el daño no queda plenamente establecido con la sentencia anulatoria, sino que exige una posterior actuación administrativa para delimitar su alcance. Consecuencia de ello es que debe atenderse a la norma contenida en el apartado siguiente, el 5, del artículo 142 LPAC, en cuya virtud el derecho a reclamar prescribirá al año de manifestarse el efecto lesivo del hecho o acto que motive la indemnización, momento que habría que identificar con aquel en que se determina el número de orden que le habría correspondido a la interesada en la lista de espera única.

Debe recordarse aquí cómo la jurisprudencia ha asumido el principio de la *actio nata* que impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar mientras no se tenga cabal conocimiento del daño y de los elementos de orden fáctico y

jurídico necesarios para el ejercicio de la acción (SSTS, Sala 3ª, de 27 de abril de 1999; de 21 de marzo de 2000, y 3 de mayo de 2000, entre otras).

A la luz de dicha doctrina debe advertirse que, según alegación de la reclamante, no desmentida por el expediente ni por la propuesta de resolución, en ningún momento se publica ni se le notifica la resolución del Tribunal de 31 de julio de 2006, por la que se establece su número de orden en la lista de espera correspondiente al sistema de acceso libre, ni tampoco la que, actualizando la Orden de 20 de enero de 2000, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se integra dicha lista con la procedente de las pruebas de promoción interna, debía haberse dictado para incluir a la interesada. Esta última resolución ni siquiera consta que se haya producido, pues al parecer sólo se determina el lugar que habría correspondido a la interesada en aquella lista única mediante el informe del Servicio de Selección de la Dirección General de Función Pública, emitido a solicitud del instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Corolario de lo expuesto es que cuando el 21 de julio de 2006 la interesada interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial, no sólo no había transcurrido en exceso el plazo para reclamar, sino que éste ni siquiera había comenzado por lo que no puede considerarse prescrito el derecho de la reclamante a solicitar indemnización.

No puede cerrar esta consideración el Consejo Jurídico sin hacer notar al órgano instructor la improcedencia de manifestaciones como la que se contiene al último párrafo del fundamento jurídico segundo de la propuesta de resolución, que alude a la “*pasividad de la reclamante en relación a la ejecución de la sentencia*” por no instarla en el plazo de dos meses desde que alcanzó firmeza. Debe recordarse que frente al carácter meramente potestativo que para la actora tiene la posibilidad de instar la ejecución de la sentencia, para el órgano administrativo que dictó el acto objeto de recurso la ejecución de lo juzgado constituye una obligación legal que le viene impuesta por los artículos 103.2 y 104.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de tal forma que la actora no tendría que instar la ejecución de la sentencia de haber cumplido la Administración con su deber de llevarla a puro y debido efecto.

CUARTA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.

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

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

que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

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

I. El daño.

Según la reclamante, al considerar el Tribunal Calificador que no había aprobado el primer ejercicio de la oposición, obtuvo 0 puntos y el puesto 606 de la lista de espera, por lo que nunca llegó a recibir oferta de trabajo como consecuencia de su inclusión en aquella ni, por tanto, pudo acumular experiencia que le sirviera como mérito en sucesivas convocatorias, ni percibió retribución económica alguna. De haber estado incluida en la lista de espera en el lugar de orden que le correspondía tras haber aprobado los dos ejercicios, habría sido llamada para trabajar como interina casi dos años antes del momento en que comenzó a hacerlo en la Administración regional como consecuencia de su pertenencia a otra lista.

El criterio mantenido por el Consejo de Estado en este concreto tipo de reclamaciones es, según consolidada doctrina, que la inclusión en la lista de aspirantes a puestos de interinidad no determina la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un concreto puesto de trabajo, sino una simple expectativa de obtenerlo, cuya frustración no puede considerarse indemnizable a los efectos de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración (entre otros, Dictámenes números 2.486 y 2.495, ambos del año 2003). Según este criterio, en tales supuestos las reclamaciones se basan en meras hipótesis carentes de la efectividad necesaria para poder indemnizar, pues se reclaman unos ingresos por servicios no efectivamente prestados y respecto de los cuales no es posible determinar si hubiesen ocupado las plazas que, según su interpretación de los hechos, debían haberseles ofertado.

No es ésta, sin embargo, la línea mantenida por la Audiencia Nacional que, en diversas sentencias (entre otras, las de fechas 6 de junio del 2002 y 8 de octubre de 2003, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), ha considerado que el error de la Administración en la baremación de los méritos de los aspirantes a desempeñar puestos de trabajo de carácter interino, puede lesionar un derecho concreto y determinado susceptible de ponderación en cuanto se ha privado al aspirante de las retribuciones correspondientes a dichos servicios.

Es parecer de este Consejo Jurídico, como ya se indicó en nuestros Dictámenes 114/2005 y 41/2006, que, en supuestos como éste, no cabe la generalización en ninguno de los dos sentidos; muy al contrario, se impone, como ocurre casi siempre en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, atender a las circunstancias concurrentes en cada caso particular, lo que, como señala el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen núm. 119/2003, estará ligado a la existencia de una base probatoria, *“será por tanto el acervo probatorio manejado en cada supuesto, ligado obviamente al esfuerzo realizado por el reclamante en tal sentido, el que posibilite o no llegar a un grado de convencimiento razona-*

ble respecto a la probabilidad de un acontecimiento que, sin haberse producido realmente, opera en su frustración como factor determinante de la efectividad del daño”.

Desde esta perspectiva, la interesada nada ha probado, pues basa toda su reclamación en un mero juicio de probabilidad, sin ofrecer datos concretos acerca de los llamamientos y actos de adjudicación efectuados por la Administración durante la gestión de la lista de espera, y en qué medida en ellos se ofrecieron puestos a quienes ostentaban una puntuación de 48,552.

Ello no obstante, el instructor suple con su diligencia las dificultades probatorias que un supuesto como el sometido a consulta plantea para los particulares, procediendo a solicitar al Servicio de Selección que informe acerca del número de orden que le correspondería en la lista y los llamamientos efectuados durante su vigencia.

En rigor, el informe no contesta a lo solicitado, pues, respecto de los llamamientos, únicamente alude al primer aspirante que aceptó un puesto de trabajo a partir del número 218 de la lista de espera, que es el lugar que habría correspondido a la reclamante; pero no ofrece información alguna acerca de en qué momento se ofreció por primera vez un puesto al aspirante número 218.

Ahora bien, cuando la interesada conoce el referido informe con ocasión del trámite de audiencia, lo combate afirmando que le consta cómo aspirantes comprendidos entre los números 200 y 400 de la lista de espera fueron llamados a trabajar en los seis primeros meses del año 2000, indicando que entre ellos se encuentran compañeros suyos que desempeñan puestos como personal interino en la Consejería de Educación y Cultura. Dicha afirmación correspondía acreditarla a la interesada, mediante una prueba que no cabe calificar como especialmente gravosa o difícil, pues le habría bastado con proponer el testimonio de alguno de sus compañeros o, incluso, indicar sus nombres y solicitar de la Dirección General de la Función Pública que comprobara y certificara el momento en que fueron llamados de la lista. Del mismo modo, nada prueba la fecha manuscrita junto a los nombres de dos aspirantes, que según la reclamante acreditaría que éstos habrían sido llamados para trabajar en los días indicados (abril de 2000), pues se desconoce la mecánica seguida por el órgano gestor de la lista de espera y el significado de tales anotaciones. Y es que, aunque el órgano instructor podría haber solicitado la pertinente aclaración al Servicio correspondiente, no lo ha hecho, sin que tampoco lo haya solicitado la interesada, a quien correspondía la carga de la prueba.

En consecuencia, no cabe considerar acreditadas las alegaciones de la actora acerca del momento en que debió serle ofrecido un puesto de trabajo, motivo por el cual habrá que estar al informe del Servicio de Selección y considerar el 12 de marzo de 2001 como fecha en la que, de no haber cometido el error de calificación el órgano selectivo y de haber quedado incluida en su día en el número 218 de la lista de espera, podría haber comenzado a trabajar como Auxiliar Administrativo en la Administración regional.

En cualquier caso, lo cierto es que ha quedado probado en el expediente que, como consecuencia del error en la calificación del primer ejercicio de la reclamante, se mermaron sus posibilidades de ser llamada a ocupar un puesto de trabajo como personal interino, generando con ello un daño cuya cuantificación queda diferida, por motivos sistemáticos, a su posterior consideración.

Se alcanza esta conclusión en atención a la trayectoria laboral de la interesada (desde finales de 1990 y hasta marzo de 2001 sólo ha trabajado como auxiliar administrativo en la

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y su sector público), su actitud de presentarse al procedimiento selectivo cumplimentando los requisitos exigidos por su normativa rectora para ser incluida en una nueva lista de espera (en cuya virtud comienza a trabajar el 11 de marzo de 2002), la ausencia de actividad laboral alguna entre el 1 de agosto de 1999 (al terminar su prestación de servicios a la Agencia Regional de Recaudación), y su trabajo como interina desde el 11 de marzo de 2002 hasta hoy (al menos hasta el 19 de octubre de 2006, fecha del informe de vida laboral que consta en el expediente), llevan a este Consejo Jurídico a la convicción de que la interesada, de haber estado integrada en la lista de espera en el número de orden que le correspondía y de habersele ofrecido un nombramiento interino, lo habría aceptado. De esta convicción, a la que se llega mediante la aplicación de una presunción razonable y probable, deriva la consideración del daño no como meramente hipotético, sino cierto, real y efectivo, concurriendo en consecuencia el primero de los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

II. El nexo causal.

El razonamiento utilizado para establecer la existencia del daño lleva consigo el necesario para alcanzar la conclusión acerca de su relación causal con la actuación administrativa. En efecto, de no haber errado el órgano de selección al calificar el primer ejercicio de la reclamante, ésta habría quedado situada en la lista de espera en un número de orden más beneficioso, lo que habría determinado el ofrecimiento de un puesto de trabajo que, sin embargo, no llegó a producirse dada su indebida postergación en la referida lista.

III. La antijuridicidad del daño.

El artículo 141.1 LPAC establece que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Así pues, el punto clave para la exigencia de responsabilidad se encuentra en la lesión antijurídica sufrida por el afectado que no está obligado a soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que obligue al administrado a soportar la carga, o algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse (STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1997).

Según la propuesta de resolución, la inactividad de la interesada ante la falta de ejecución de la sentencia que condenaba a la Administración a valorar de nuevo su primer ejercicio impide considerar el daño como antijurídico, debiéndolo soportar la reclamante.

Advierte el Consejo Jurídico un intento de trasladar al supuesto sometido a consulta la doctrina establecida en nuestro Dictamen 114/2005, en el que, efectivamente, se negaba el carácter antijurídico del daño con base en la pasividad del reclamante frente a la falta de ejecución de una sentencia de la que derivaba la reclamación, afirmándose la improcedencia de plantear una reclamación de responsabilidad patrimonial y no un incidente de ejecución de la sentencia. Ahora bien, dicho parecer se emitió en un supuesto radicalmente diferente al ahora sometido a consulta, pues en aquella ocasión tanto el origen del daño como este mismo no derivaban del error de un órgano selectivo en la valoración de los méritos del aspirante, sino de la tardanza de la Administración en ejecutar la sentencia que había reconocido tal error.

Y es que, a diferencia de las circunstancias que motivaron el referido Dictamen, no se aprecia en el presente supuesto causa justificativa alguna que legitime el deber de la interesada de soportar el daño, pues éste tuvo su causa en una incorrecta valoración de su primer

ejercicio por parte del Tribunal Calificador, así como en la pasividad de la Administración al no ejecutar la sentencia llevándola a puro y debido efecto lo que convierte el daño que le supuso ser postergada en la lista de interinos en antijurídico, debiendo anudar a la anulación de dicho acto del proceso de selección la plena reparación de sus efectos, pues, como ha quedado expuesto, concurren todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En idéntico sentido se pronunció este Consejo Jurídico en el Dictamen 41/2006, en un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de la incorrecta valoración de méritos en un proceso selectivo.

QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

Reclama la interesada una indemnización por los siguientes conceptos:

1. Salarios dejados de percibir, incluidas las cotizaciones no realizadas a la Seguridad Social, por importe de 39.174,12 euros, correspondiente al período comprendido entre el 31 de julio de 1999 y el 11 de marzo de 2002.

Considera el Consejo Jurídico que, de conformidad con el expediente, y como consecuencia del número de orden finalmente asignado a la interesada en la lista de espera, ésta debería haber trabajado en la Administración regional durante el período comprendido entre el 12 de marzo de 2001 (fecha en se produjeron los efectos económicos y administrativos del nombramiento de D. M. C. C. M. como personal interino para trabajar en el puesto X, ubicado en el Centro Regional de Hemodonación) y el 10 de marzo de 2002, toda vez que el día siguiente, el 11 de marzo, la reclamante toma posesión como interina en la Dirección General de Enseñanzas Escolares de la Consejería de Educación y Cultura como consecuencia de su integración en otra lista de espera diferente.

Consta a los folios 153 y 154 del expediente un certificado de las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que la interesada habría podido desempeñar, si bien las fechas tomadas en consideración en dicho informe no se ajustan estrictamente al período antes indicado, singularmente la fecha final del mismo. En consecuencia, su cuantificación concreta corresponderá efectuarla a la Dirección General de la Función Pública, considerando que:

a) Deben detrarse las cuantías que en concepto de desempleo efectivamente percibiera la interesada durante los períodos en que estuvo en paro (entre el 12 de marzo de 2001 y el 26 de junio de 2001, y entre el 27 de febrero de 2002 y el 10 de marzo de 2002). De conformidad con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 de junio de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y los Dictámenes núm. 40/2000 y 158/2004 del Consejo Jurídico, las cantidades que durante estos meses cobró en concepto de desempleo deberán deducirse del sueldo que hubiera podido percibir de haber sido nombrada interina, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto, que inevitablemente se produciría de no hacerlo así, ya que habría cobrado el sueldo íntegro correspondiente al puesto y la cantidad por desempleo, lo que de acuerdo con los artículos 212 y 213 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sería imposible.

b) En el período en que trabajó para una empresa privada (G. T. T., S.A.), la cuantía de la indemnización debe alcanzar únicamente a la diferencia existente entre las retribuciones efectivamente percibidas y las que le hubieran correspondido de haber desempeñado el puesto de trabajo en la Administración regional.

2. Gastos de academia y de temario (1.350 euros) y de servicio doméstico (5.828 euros).

El carácter estrictamente voluntario de tales gastos hace que su sufragio deba correr de cuenta de la interesada, quien por lo demás no ha conseguido acreditar su realidad ni importe.

3. Gastos derivados de reclamaciones, abogados y procuradores, por importe de 6.000 euros.

En relación con los honorarios de abogado, el Dictamen 29/2001 de este Consejo Jurídico recogía la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que afirma que las costas procesales “*sólo cabe imputarlas a la parte vencida si existe un específico pronunciamiento en costas, sin que a falta de un pronunciamiento condenatorio expreso quepa considerar tal gasto como lesión antijurídica susceptible de constituir un perjuicio indemnizable por la vía de responsabilidad patrimonial, lo que también tiene declarado esta Sala en Sentencia de 4 de abril de 1997*” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 13 de enero de 2000).

Ello se fundamenta en el hecho de que el artículo 106 CE establece que el derecho a la indemnización procederá “en los términos establecidos por la Ley”, de modo que, cuando existe una “*lex specialis*” aplicable a una pretensión, como son las normas procesales sobre costas, éstas constituyen el régimen jurídico por el que aquélla ha de regirse, y no por la norma general establecida en el artículo 139.1 LPAC. Así lo ha afirmado, por lo demás, el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 20-5-99 (nº 1205/99) y 21-10-99 (nº 2544/99). Parece claro que si el legislador hubiera querido que la Administración vencida en juicio tuviera que responder en todo caso de las costas del proceso así lo habría dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, habiendo optado, por el contrario, por establecer una regla específica que se basa en la temeridad o mala fe (artículo 139 Ley 29/98, de 13 de julio), de modo que el particular tiene el deber jurídico de soportar sus gastos procesales si no se produce la condena en costas de la Administración.

Por otra parte, el último Dictamen citado indica que “*este Consejo de Estado ha declarado en numerosas ocasiones (dictámenes 838/98, 3807/96, 69/96 y 3761/96, entre otros) que los desembolsos provocados por la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario, que no es obligatoria para el interesado, no constituyen un daño imputable a la Administración, faltando en ellos el nexo causal que permita fundamentar una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración*”, de lo que cabe extraer que tampoco han de considerarse resarcibles los gastos por asistencia letrada no necesaria en los procedimientos administrativos de impugnación de actos administrativos o de reclamación.

4. Daño moral, que identifica con el desengaño sufrido, la imposibilidad de preparar otra oposición y la separación matrimonial derivada de la falta de atención a la familia.

Al margen de la falta de acreditación de la necesaria relación causa-efecto entre tales daños y la actuación administrativa, debe indicarse que la jurisprudencia rechaza su consideración como daño moral, pues no puede “*identificarse el daño moral con el hecho de no obtener una plaza aún cuando por una Sentencia se resuelva en definitiva a favor de quien creía que debía ser seleccionado; no afectando a la esfera de los sentimientos afectivos, el derecho al honor, a la dignidad o al prestigio personal al no obtener una plaza sacada a concurso por la Administración*” (sentencia del Tribunal Supremo, Sección 4ª de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo de 1991).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que aprecia la prescripción del derecho a reclamar de la interesada, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en tanto que no aprecia en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial. Considera el Consejo Jurídico, por el contrario, que existe responsabilidad, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- La cuantía de la indemnización, si bien no puede ser establecida de forma precisa en este Dictamen atendida la ausencia de la información necesaria para ello, deberá ser fijada conforme a las directrices y criterios establecidos en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 85/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. G., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 11/06/07

Extracto de Doctrina

Cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno a tal servicio.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 3 de marzo de 2006, D. P. M. G. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Universidad de Murcia, por haber sufrido el 15 de noviembre anterior un accidente en el Campus de Espinardo, al colisionar su vehículo Audi, matrícula X, con el de otro conductor.

Describe lo ocurrido del modo siguiente: *“al llegar a una travesía había una señal fija metálica que me indicaba sentido recto o a la derecha, por lo que estando parado, primeramente vi si venía algún turismo y al ver que no, inicié la marcha, y estando ya dentro de la travesía, un vehículo apareció por mi lado izquierdo, me colisionó, ocasionando daños en mi vehículo.*

Añade asimismo el reclamante: *“Ciertamente el manifestante tiene que indicar que sobre dicha calzada efectivamente no se apreciaba señal alguna, ya que estaba borrada y no se apreciaba su existencia, por lo que mi conducción era totalmente confiada a que tenía preferencia de paso, y que el vehículo que venía por mi izquierda tenía que cederme el paso”.*

Imputa al funcionamiento del servicio público la causa de la confusión, por la falta de mantenimiento y conservación de la señalización del recinto del Campus Universitario, y reclama la cantidad de 1.874,67 euros, en concepto de daños.

Finalmente otorga su representación al letrado D. F. P. G., acompañando la siguiente documentación:

- Copia del Atestado de la Policía Local con fotografías del lugar del accidente, cuya reproducción es de deficiente calidad.
- Documentación del vehículo.
- Factura por importe de 1.874,672 euros.

SEGUNDO.- Recabado el informe del Jefe de Sección de Construcciones de la Universidad de Murcia, tras inspeccionar el lugar, emite el siguiente parecer (folio 17):

“La mencionada señal horizontal de ceda el paso, en la fecha de la colisión, no existía, se podía ver un pequeño tramo recto de pintura blanca.

Las señales de ceda el paso horizontal tienen forma de triángulo isósceles.

En el sentido de circulación del vehículo “A” no existía señal vertical ni horizontal de ceda el paso.

Sin un conductor visualiza un pequeño trazo, bien sea de pintura blanca, roja azul, mancha de aceite o de cualquier otro producto, siempre que su forma no coincida con la de una señal del Código de la Circulación, no le puede crear confusión, y en caso de que así fuese, debe respetar la señal que crea ver.

Recordar que, en ausencia de señales, el Código de Circulación dice, que en un cruce, todo conductor tiene que ceder el paso a todo vehículo que acceda al cruce por su derecha.

CONCLUSIÓN

Según lo anteriormente expuesto, el vehículo A tenía que ceder el paso al B, ya que el vehículo B salía por la derecha del A”.

TERCERO.- Asimismo el Jefe de Control de Accesos del Campus de Espinardo (folio 18) emite informe, tras inspeccionar el lugar, concluyendo que, al tratarse de una zona de aparcamientos con diferentes viales en la que no existe un vial principal, debe aplicarse el Reglamento de Circulación en cuanto a cruces no señalizados.

CUARTO.- La Universidad de Murcia (en lo sucesivo UMU) recibe escrito del Servicio de Contrataciones y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Murcia, de 15 de mayo de 2006, emplazándola como parte interesada en el expediente que tramita dicho Ayuntamiento a instancia del mismo interesado, al entender que el vial interior del Campus Universitario de Espinardo es de titularidad de la citada Universidad, acompañando la documentación obrante en el expediente.

QUINTO.- Con fecha 14 de junio de 2006 (registro de salida) el Gerente de la UMU reclama formalmente la competencia para conocer del expediente de responsabilidad patrimonial, y solicita al Ayuntamiento la documentación que obra en su poder, la cual es remitida el 31 de julio de 2006 (registro de salida), acompañada de un acuerdo de la Junta de Gobierno de 26 de julio de 2006, que resuelve inadmitir la reclamación presentada por falta de competencia.

SEXTO.- El Rectorado de la UMU admite a trámite la reclamación y nombra instructor y secretaria, mediante resolución de 6 de septiembre de 2006, siendo notificada al interesado, al tiempo que se le solicita la siguiente documentación:

- Factura original o fotocopia compulsada de la reparación del vehículo.
- Permiso de conducir de la persona que conducía en ese momento el vehículo.
- Póliza del seguro y recibo justificante del pago de la prima correspondiente al momento en que tuvo lugar el accidente.
- Fotografías originales del vehículo siniestrado.
- Originales de las fotografías aportadas con su reclamación.
- Documentos del procedimiento llevado a cabo con la compañía aseguradora que acrediten la resolución adoptada en este proceso, así como del judicial, en su caso.

SÉPTIMO.- Con fecha 2 de octubre de 2006 el interesado presenta alegaciones en las que reitera lo expresado en su escrito inicial y aporta la documentación solicitada, indicando que no existe procedimiento judicial, ni con la aseguradora, y que no están en su poder los originales de las fotografías puesto que las que incorpora el Atestado están en posesión de la Policía Local, y las del vehículo accidentado son digitalizadas (folios 59-90), proponiendo que las primeras se recaben del citado cuerpo policial.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a la aseguradora del ente público y al reclamante, éste presenta alegaciones el 17 de noviembre de 2006, en las que reitera la existencia de una defectuosa señalización en el lugar, no rigiendo en tal caso la norma de ceder el paso ordinario, además de que existía una señal en la calzada borrada.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 5 de diciembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que no puede imputarse a la UMU la responsabilidad del accidente, dado que no existía confusión en la señalización del cruce dentro del aparcamiento en el que ambos conductores tenían la indicación de hacia donde podían circular, sin existencia de señales que indicaran preferencia a alguno de ellos, por lo que son de aplicación las normas del Código de Circulación.

DÉCIMO.- Con fecha 17 de enero de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

Con este carácter se ha recabado el Dictamen por parte de la autoridad consultante respecto a la presente reclamación ejercitada contra la Universidad de Murcia, de acuerdo con el parecer del Consejo Jurídico, expresado en nuestro Dictamen núm. 74/2002.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial (RRP), en relación con lo dispuesto en el 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, la UMU es titular del vial interior del Campus Universitario de Espinardo, y por consiguiente del aparcamiento M. R., donde se produjo la colisión entre los dos vehículos implicados.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que el accidente se produjo el 15 de noviembre de 2005, y la acción se ejercitó el 3 de marzo de 2006.

Por último el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP, habiéndose otorgado audiencia a la aseguradora de la Universidad, conforme a nuestra doctrina recogida en la Memoria correspondiente al año 2000.

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

El artículo 139.1 LPAC establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El apartado 2 añade que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Completando los presupuestos para la exigencia de responsabilidad patrimonial, el artículo 141.1 LPAC señala que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar.

En el presente supuesto no se imputa el daño a la actuación docente, sino a sus elementos materiales (aparcamiento interior del Campus Universitario), por lo que conviene recordar que cuando el elemento real presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues, como indicábamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004, *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los*

elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afeción teleológica o instrumental al servicio...". Desde este punto el aparcamiento donde se produjo la colisión integra funcionalmente dicho servicio público.

La problemática que suscita el presente expediente, acreditada la realidad del daño, es la existencia de nexo causal entre éste y el funcionamiento del servicio público; por ello conviene recordar el criterio jurisprudencial sobre el concepto de relación causal, que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non*, esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar el concreto evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (sentencia de 5 de Diciembre de 1995).

Veamos su aplicación al presente supuesto:

1º) En primer lugar conviene señalar que se ha acreditado la realidad del daño, a través del Atestado de la Policía Local y de la factura de reparación del vehículo propiedad del reclamante.

2º) Sin embargo no se ha probado por éste la imputación de la colisión al funcionamiento del servicio público, sino, muy al contrario, de sus manifestaciones se desprende la inexistencia de nexo causal exigible entre dicho funcionamiento y el daño, por las siguientes razones:

a) El accidente se produjo en el aparcamiento M. R. del Campus de Espinardo en los accesos a zonas para el estacionamiento de vehículos, por el que los dos vehículos implicados circulaban, de acuerdo con el croquis del Atestado de la Policía Local (folio 4 del expediente).

b) Sobre la señalización existente, el reclamante sostiene que en la calle interior del aparcamiento donde circulaba no se apreciaba señal alguna de ceda el paso, ya que estaba borrada. En el mismo sentido el Atestado de la Policía Local, que acudió al lugar atendiendo la llamada de los dos conductores implicados, indica que el ceda el paso se encuentra borrado, aunque existen restos de señalización horizontal. Coincidente con dichas opiniones, el Jefe de Sección de Construcciones de la Universidad, que se persona en el lugar, señala que en la fecha de colisión no existía la señal de ceda el paso, pudiendo verse un pequeño tramo recto de pintura blanca, que no coincide para nada con un triángulo isósceles característico de la señal horizontal de ceda el paso. En el mismo sentido se pronuncia el Jefe de Servicio de Control de Accesos, personado también en el lugar, acerca de la inexistencia de señalización en el suelo. Por lo tanto una primera conclusión que se alcanza es que no existía una señal horizontal de ceda el paso por la vía que circulaba el reclamante. Respecto al otro conductor tampoco existía dicha señalización horizontal de ceda el paso, por el acceso interior por el que circulaba.

c) Existe igualmente conformidad en el expediente con que el reclamante tenía un disco vertical que le indicaba dirección al frente, y a la derecha, al igual que el otro conductor disponía de señalización que le indicaba dirección al frente y a la izquierda.

Una segunda conclusión que se extrae es que en una intersección, en ausencia de señalización, aunque sea dentro de un aparcamiento al aire libre, el artículo 57 del Reglamento de Circulación (aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre) prescribe que, en defecto de señal que regule la preferencia de paso, el conductor está obligado a cederlo a los vehículos que se aproximen por su derecha. Conforme a lo expuesto, el conductor del otro vehículo tenía que ceder al paso al reclamante, según el informe del Jefe de Sección de Construcciones y la propuesta de resolución.

d) Aun en la hipótesis de aceptar que los restos existentes en la calzada (pequeño trazo de pintura blanca) pudieran haber confundido al reclamante, sin embargo él mismo lo contradice con su versión, al afirmar en el escrito de reclamación que se paró en el cruce, para ver si venía algún vehículo, señalando textualmente “y al ver que no, inicié la marcha, y estando ya dentro de la travesía, un vehículo que apareció por mi lado izquierdo, me colisionó, ocasionando daños en mi vehículo”. Luego, con independencia que pudiera crear confusión a los usuarios de la vía los restos existentes en el suelo, lo cierto es que el reclamante se detuvo, según manifiesta, obedeciendo a su percepción, por lo que el Consejo Jurídico alcanza como tercera conclusión, de acuerdo con la propuesta de resolución, que la causa del accidente no fue la existencia o no de dicha señal de ceda el paso, pues en todo caso el comportamiento del reclamante se adecuó a su existencia, según describe en su escrito de reclamación.

e) Como última conclusión, si el conductor del vehículo con el que colisionó el reclamante no tenía señal de prioridad, según recoge el Atestado, debió de dar preferencia al vehículo que salía por su derecha, concretamente al vehículo del reclamante.

La anterior conclusión evidencia una ruptura del nexo causal, que ha sido probada por la Administración de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen núm. 5/2005), y conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que el resultado lesivo es imputable a la conducta del reclamante o un tercero (por todos, nuestro Dictamen núm. 46/05, y STS, Sala 3ª, de 26 de febrero de 2000). En el presente caso, aun cuando se admitiera un incorrecto funcionamiento del servicio público universitario por dicho resto de mancha blanca en el acceso interior de los aparcamientos por donde circulaba el reclamante, no se ha demostrado que incidiera en la producción del accidente (STS, Sala 3ª, de 13 de marzo de 1999).

Por las consideraciones anteriores realizadas, el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución, al desprenderse que la causa determinante del daño no es imputable a la UMU por señalización defectuosa, de acuerdo con las propias manifestaciones del reclamante, que se detuvo en el cruce al percibir restos de pintura blanca en la calzada, actuando como si existiera una señal de ceda el paso.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditados los requisitos concurrentes de ésta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 86/07.- Revisión de oficio del contrato de prórroga del servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del H.G.U. Virgen de la Arrixaca, suscrito con la empresa S., S.L.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 18/06/07

Extracto de Doctrina

El acto y contrato objeto de revisión están incurso en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.1, e) LPAC. Si, como afirma el Dictamen de 30 de octubre de 2003, del Consejo de Estado, referido a un supuesto análogo, “para que concurra este vicio de nulidad, es preciso que el procedimiento se haya violentado de modo terminante y claro, provocando una irregular formación de la voluntad administrativa”,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante resolución de 26 de abril de 2003, el Director Gerente del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” de Murcia acordó iniciar un procedimiento para la revisión de oficio y la declaración de nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 10 de enero de 1995 de la Dirección General de dicho Hospital, por la que se acordó prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2019 el contrato de servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos en el citado Hospital, suscrito el 1 de diciembre de 1993 con la mercantil “S., S.L”, nulidad que habría de extenderse al subsiguiente contrato formalizado el 16 de enero de 1995 con dicha empresa, por el que se modificaba el citado de 1993.

El contrato originario tenía como objeto la instalación y explotación del servicio de televisión en las habitaciones de los enfermos, aportando e instalando el adjudicatario la red de distribución de la señal de televisión así como los televisores, pudiendo utilizar aquél la red eléctrica existente en el Hospital, percibiendo a cambio el rendimiento de tal explotación en forma de precio –tasado– abonado por los usuarios, debiendo abonar la empresa al Hospital un canon mensual, en el que se consideraba incluido –a tanto alzado– el consumo eléctrico de los televisores. Mediante el acto y contrato modificativo del anterior, cuya revisión ahora se pretende, el adjudicatario se obligó a realizar en el Hospital una nueva instalación eléctrica específica para este servicio, compensándosele con una prórroga de 20 años del plazo de explotación, y debiendo la empresa abonar un canon anual de explotación adicional al mensual pactado inicialmente.

En síntesis, la pretendida revisión de oficio se basa en que el indicado acto y contrato de modificación se adoptaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para las modificaciones de contratos administrativos, previsto en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RLCE), entonces aplicable, pues no consta trámite alguno previo a dichos actos (de los que incluso afirma el Hospital que desconocía su existencia hasta fechas recientes).

SEGUNDO.- Tramitado el procedimiento de revisión de oficio, mediante resolución de 27 de julio de 2006 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) convalida el acuerdo de iniciación del mismo efectuado en su día por el Director Gerente del Hospital,

al considerar que dicha actuación le correspondía a él, en calidad de órgano de contratación del SMS, en el que está integrado el Hospital, conforme con lo dispuesto en el artículo 8, w) del Decreto 184/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la estructura y funciones de los órganos de participación, administración y gestión del SMS. Asimismo, convalida toda la instrucción realizada en dicho procedimiento.

TERCERO.- Continuada la tramitación, mediante resolución de 29 de diciembre de 2006 el Director Gerente del SMS acuerda declarar caducado el procedimiento, por haber transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido al efecto en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

CUARTO.- Mediante resolución de 8 de enero de 2007, el citado Director Gerente acuerda iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto que el caducado, convalidando (en rigor, incorporando al nuevo procedimiento) las actuaciones realizadas en este último. En éste, destaca el informe, sin fecha, del Jefe de Servicio de Ingeniería del Hospital, sobre las características y valoración de la instalación eléctrica ejecutada a consecuencia de los actos cuestionados, en el que expresa lo siguiente:

“2.- Descripción de la instalación.

Consultado con diversos profesionales del hospital de la especialidad de electricidad y revisada técnicamente la instalación de red eléctrica para conexión de televisores en planta realizada en su día por la empresa S., S.L., como consecuencia del documento calificado como anexo al contrato de gestión de servicio público, de fecha 16 de enero de 2006, la misma consistió en:

Suministro e instalación de dos acometidas eléctricas, que daban suministro eléctrico desde el centro de transformación industrial a los dos edificios de hospitalización (hospital general y hospital materno infantil). Ambas instalaciones consistían en un cuadro eléctrico que incluía una protección magneto térmica y diferencial en cabecera, para cada línea y tendido de manguera por bandeja existente en galerías de conexión, hasta los dos edificios indicados.

En cada edificio el suministro e instalación de un cuadro eléctrico, con interruptor de corte general y protecciones magneto térmicas para las diversas líneas de distribución, así como una distribución de verticales hasta los diversos receptores.

Analizados un estado de mediciones de los distintos componentes, así como de los presupuestos de los mismos, se estima que dicha instalación, incluidos beneficios industriales, gastos generales, I.V.A., etc., tiene un coste no superior al equivalente actual de 14.000 euros.

Indicando que la parte proporcional de la instalación que daba servicio al hospital general no está hoy en día en servicio, pues este edificio fue objeto de una reforma integral, que afectaba a la instalación eléctrica, en el plan director de reforma y ampliación acometido sobre los años 1995-2000.

No se tiene constancia que dicha instalación fuera objeto de la preceptiva legalización, como era obligatorio según el vigente y anterior reglamento electrotécnico para baja tensión, y a día de hoy dicha instalación contiene componentes que hacen que esté fuera de normativa.

Efectuando un análisis de costes, con las mediciones realizadas y con el presupuesto de materiales contemplados en la actual reglamentación, incluso su legalización, ante la Dirección General de Industria, se estima que el presupuesto, I/B.I., I/G.G. e I.V.A., ascendería a un valor no superior a 20.000 euros.

3.- Conclusiones.

Que habida cuenta el tiempo transcurrido desde la instalación de la red eléctrica, su estado actual, así como la normativa actual a aplicar en este tipo de instalaciones, se considera totalmente amortizada su inversión inicial, más allá del mantenimiento obligado en virtud del contrato”.

QUINTO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, y previa comparecencia de la interesada, el 7 de febrero de 2007 presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a las declaraciones de nulidad pretendidas y solicitando el archivo del expediente. Además, solicita la práctica de las siguientes pruebas:

“a) Que se remita copia de los archivos de entrada y salida del Libro de informes de la Asesoría Jurídica Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Murcia, desde 1 de diciembre de 1993 a 25 de enero de 1995.

b) Que se remita copia de los archivos de entrada y salida de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de Murcia a la Asesoría Jurídica Provincial en Murcia, desde 1 de diciembre de 1993 a 25 de febrero de 1995.

c) Que se remita copia del informe 2149, que siendo innominado hace referencia a una prórroga en la Arrixaca <<39/93>>, para determinar si éste se debe a un error tipográfico”.

En cuanto al resto de sus alegaciones considera que no es aplicable el artículo 136 RLCE, pues no se trata de un contrato de obras; en todo caso, sostiene que se recabó el informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, pues en la Resolución y contrato cuestionados aparece estampado el sello de dicha unidad administrativa. Subsidiariamente alega, con invocación del artículo 106 LPAC, que no procede la declaración de nulidad, por razón del tiempo transcurrido y la buena fe de la empresa, que no cobra la utilización de los televisores a los enfermos que por su situación económica y social no pueden pagarla, y que da servicio gratuito de dos canales infantiles de pago en habitaciones para niños, sin estar estipulado en el contrato; además, señala que durante 20 meses estuvieron sin ocupar completas 180 camas, por obras en el Hospital, sin pedir compensación o suspensión del contrato.

Además, para el caso de que se declare la nulidad, alega que reclamaría la restitución de las prestaciones realizadas al Hospital, en particular el valor de la instalación realizada y no amortizada por la extinción anticipada del contrato, y los cánones anuales satisfechos, así como la indemnización por los daños y perjuicios producidos. Adjunta a dicho escrito una memoria descriptiva y valorativa de las citadas instalaciones, por valor de 29.066.836 ptas. (174.695’20 euros).

SEXTO.- El 23 de febrero de 2007, el Secretario General Técnico del SMS formula propuesta de resolución para que se declare la nulidad de pleno Derecho de los actos objeto de este procedimiento revisorio, en aplicación de los artículos 62, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decre-

to Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con el 62.1, e) LPAC. Asimismo, propone declarar la improcedencia de reconocer indemnización alguna a la empresa “S., S.L.”.

SÉPTIMO.- En la misma fecha, el Director Gerente del SMS remite el expediente a la Consejería de Sanidad para que solicite el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; asimismo, acuerda la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, invocando a tal efecto el artículo 42.5, c) LPAC. Posteriormente se procedió a notificar dicha resolución a la empresa interesada.

OCTAVO.- Mediante escrito de 1 de marzo de 2007 (con registro de salida de la Consejería del día siguiente), el Secretario General de ésta, por delegación de la Consejera, solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico. Dicho escrito tuvo entrada en este Órgano Consultivo el 5 siguiente, al que se acompañó el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios.

NOVENO.- En el Dictamen 51/2007, de 18 de abril, este Consejo Jurídico adoptó las siguientes:

“CONCLUSIONES

PRIMERA.- *Procede dejar sin efecto el apartado tercero de la resolución de 23 de febrero de 2007 del Director Gerente del SMS, relativo a la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen y, en su lugar, proceder conforme con lo indicado en su Consideración Segunda, I, A), por las razones allí expresadas.*

SEGUNDA.- *Procede acordar la práctica de las diligencias probatorias a que se refiere la Consideración Segunda, I, B) y II de este Dictamen, en los términos y por las razones allí expresadas. Por ello, no procede en este momento la emisión de Dictamen sobre el fondo del procedimiento revisorio de referencia.*

TERCERA.- *Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente”.*

DÉCIMO.- Remitido el citado Dictamen al órgano consultante, mediante Resolución de 25 de abril de 2007 el instructor del expediente, el Director Gerente del SMS, procede a cumplimentar lo indicado por este Consejo Jurídico en relación con la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, a cuyo fin deja sin efecto lo acordado por el mismo en su día y, en sustitución de lo allí dispuesto, resuelve suspender el citado plazo con efectos de 2 de marzo de 2007, fecha en que tuvo salida la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico. En la misma resolución se establece que dicho plazo se reanudó el 21 de abril de 2007, es decir, al día siguiente al de la recepción del Dictamen 51/2007 antes señalado. Dicha resolución fue notificada a la empresa interesada el 4 de mayo de 2007.

UNDÉCIMO.- Mediante resolución de 2 de mayo de 2007, notificado a la empresa el 4 siguiente, el instructor acuerda lo siguiente:

“PRIMERO. Acordar la práctica de las pruebas solicitadas por la empresa en su escrito de alegaciones de fecha 6 de febrero de 2007, incorporando en consecuencia al expediente la documentación siguiente:

- *Copia de Libro de Registro de Informes de la Asesoría Jurídica Provincial de Insalud desde el 1 de enero de 1994 (fecha de entrada en vigor del contrato) hasta el 12 de octubre de 1994.*
- *Copia del Informe nº 2149 de la Asesoría Jurídica Provincial del INSALUD de Murcia.*
- *Copia del Libro Registro de Entrada de la Dirección Provincial del INSALUD de Murcia dirigido a la Asesoría Jurídica Provincial de 1 de enero de 1994 hasta 31 de octubre de 1994.*
- *Copia completa del expediente 3793 Servicio de Televisores de los enfermos del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia.*
- *Documentos relativos a la actualización de renta.*
- *Documentos relativos a la prórroga del contrato.*
- *Certificado del Director Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca de que en el expediente enviado no consta ningún otro documento.*

SEGUNDO. Poner a disposición de la empresa S., S.L. la citada documentación, concediéndole un plazo de audiencia de 10 días a contar desde el día siguiente a la recepción de esta resolución, para que formule las alegaciones que estime conveniente”.

DUODÉCIMO.- El 11 de mayo de 2007 toma vista y obtiene copias del expediente un representante de la empresa interesada, que el 16 siguiente presenta alegaciones, en las que, en síntesis, expresa que las pruebas complementarias practicadas resultan incompletas respecto a lo solicitado en su momento, lo que supone una limitación a su derecho a la tutela judicial, así como la nulidad del procedimiento, conforme a los artículos 62, a) y e) LPAC. En especial señala que, frente a la petición de incorporación al expediente del informe nº 2149 de la Asesoría Jurídica Provincial del INSALUD de Murcia, lo que obra en el mismo es un documento de informe sin firma ni fecha, lo que considera una presunta falsedad documental. Tampoco entiende cumplimentada en su totalidad la documental relativa a los Libros de Registro de documentos interesada en su momento, pues no se remonta a las anotaciones desde el 1 de diciembre de 1993.

DECIMOTERCERO.- Requerida el 22 de mayo de 2007 por el SMS a los servicios del Hospital “Virgen de la Arrixaca” una explicación del hecho de que el citado informe nº 2149 hubiera sido remitido por dicho Hospital sin firma ni sello, es efectuada mediante informe de la citada fecha del letrado de la Dirección de los Servicios Jurídicos adscrito al SMS, en el que indica lo siguiente:

“En relación con la consulta efectuada sobre la falta de firma del informe aportado a requerimiento de esa Secretaría General Técnica, le informo que el documento remitido es la impresión actual de una copia de seguridad conservada en Disco de 3,5” donde se almacenan en formato electrónico los documentos redactados en aquella época. Este disco de seguridad de la que (sic) se extrae el informe en cuestión fue almacenada por el personal administrativo y sólo gracias a ello se ha podido recuperar.

Consecuencia de lo anterior es que el documento aportado no presenta firma ni sello de entrada.

La copia en papel, firmada y con sello de salida, que se conservaba en el Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de Murcia se destruyó, como todos los informes de aquella época, tras el traspaso de la gestión sanitaria al Servicio Murciano de Salud debido a la falta de espacio y al largo tiempo transcurrido desde su emisión.

Es posible, aunque improbable a la vista del tiempo transcurrido, que la Institución que solicitó el informe pueda conservar el original firmado y con registro de salida.

En cuanto al registro de informes del Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Murcia, se trataba y se trata de un “libro” de anotaciones, sin más validez que la de mero recuento interno, donde se inscribían todas las solicitudes de informe escrito haciendo constar en el mismo asiento los datos del informe solicitado, la fecha de solicitud y la de emisión, así como el Letrado que lo emitía. Se conserva el original de este “libro”.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 22 de mayo de 2007, el Secretario General Técnico del SMS formula nueva propuesta de resolución del procedimiento, para declarar nula la Resolución de 10 de enero de 1995 por la que se acordó la prórroga del contrato de servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del citado Hospital, así como los actos que derivan de la misma, declarando asimismo la improcedencia de reconocer indemnización alguna a la interesada, todo ello por las mismas razones expresadas en la anterior propuesta de resolución, al no ser desvirtuadas por la prueba documental complementariamente practicada.

A este respecto, señala lo siguiente:

“En cuanto a los medios de prueba solicitados por la empresa, se ha acordado la práctica, y por tanto, se le ha dado traslado de aquella documentación que el Consejo Jurídico ha considerado procedente conforme al artículo 80 del la LRJPAC, ya que el resto de la documentación pedida por la empresa, o bien no es necesaria, por ser anterior a la fecha de entrada en vigor del contrato (1 de enero de 1994, con lo que nos encontraríamos con el absurdo de “prorrogar” un contrato antes de comenzar su ejecución), o bien ya consta en el expediente originario al que la empresa ya tuvo acceso.

En cuanto a la presunta falsedad del documento público, aclarar que el informe 2149 (del expte. 39/93, contrato de comedor de médicos y personal de guardia del H.G.U. Virgen de la Arrixaca) sólo se conserva en formato electrónico. La copia en papel, firmada y con sello de salida, que se conservaba en el Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del Insalud de Murcia se destruyó, como todos los informes de aquella época, tras el traspaso de la gestión sanitaria al S.M.S. debido a la falta de espacio y al largo tiempo transcurrido desde su emisión, según consta en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de 22 de mayo de 2007. Esta circunstancia ya se señaló en el Informe de esta Dirección de fecha 22 de febrero de 2006, por tanto esta circunstancia era conocida por la empresa pues dispone de copia. Asimismo, en este informe se aclara que el registro de informes del Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del INSALUD en Murcia, se trataba de un libro de anotaciones, sin más validez que el mero recuento interno”.

DECIMOQUINTO.- Remitido el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Sanidad, mediante oficio de 24 de mayo de 2007, registrado de salida el 25 siguiente, con entrada en este Consejo Jurídico en la misma fecha, su Secretario General, por delegación

de la Consejera, solicita de este órgano consultivo la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DECIMOSEXTO.- El 30 de mayo de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Director Gerente del SMS al que adjunta una resolución suya, del 28 anterior, en la que acuerda suspender nuevamente, con fecha 25 de mayo de 2007, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, al haberse solicitado en esta fecha el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico sobre el fondo del asunto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de un acto y un contrato administrativo, con oposición del contratista, concurriendo con ello los supuestos previstos en el artículo 12.6 y 7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. Una vez realizadas las diligencias probatorias complementarias a que nos referimos en nuestro Dictamen 51/2007, no ha de hacerse objeciones sustanciales a la tramitación realizada.

En este punto, y frente a lo alegado por la interesada en el último trámite de audiencia acordado, no puede aceptarse en modo alguno que el hecho de que en el informe nº 2149 (referido a un contrato distinto al que se pretende revisar) no se haya hecho constar la firma de su autor, implique la falsedad de dicho documento, pues en el informe de 22 de mayo de 2007 emitido por el mismo funcionario cuyo nombre aparece en la antefirma del cuestionado informe, se explica dicha circunstancia (vid. Antecedente Decimotercero) con razones perfectamente plausibles, dado el tiempo transcurrido desde la fecha de tal documento, sin que el método de archivo informático empleado (por lo demás, de progresiva implantación en la Administración Pública) pueda ser rechazado, máxime si el autor del documento así guardado ratifica su autoría. Por otra parte, y como señala la propuesta de resolución, este proceder ya fue seguido en este mismo procedimiento revisorio con relación a otro informe incorporado al expediente, el nº 2124, sobre el que el mismo funcionario y autor del documento expresó las mismas razones de la forma de su obtención, certificando su autoría y autenticidad (vid. el informe de 22 de febrero de 2006, y los documentos obrantes a los folios 207 a 209 y 220 del último expediente remitido a este Consejo Jurídico), todo ello sin que la empresa opusiera entonces reparo alguno a su autenticidad.

Por lo que se refiere a la extensión temporal de las hojas correspondientes a los libros de registro de documentos que se conservan, procedentes del antiguo INSALUD, se han incorporado las correspondientes al período en que, conforme con las propias manifestaciones de la empresa formuladas en el primer trámite de audiencia (folio 20 exp. originario), podía ser posible que se hubieran solicitado los informes preceptivos cuya omisión constituye el fundamento jurídico del procedimiento que nos ocupa, es decir, ya en funcionamiento el servicio, que empezó, según estaba pactado, el 1 de enero de 1994, no siendo por ello

pertinente que se incorpore documentación de estos libros desde el 1 de diciembre de 1993, como pretende la empresa.

II. Por otra parte, resulta conveniente referirse al plazo de caducidad del presente procedimiento, para que tales consideraciones puedan ser tenidas en cuenta por el órgano consultante a la hora de resolver y proceder a su notificación al interesado.

Así, iniciado el procedimiento el 8 de enero de 2007, y teniendo un plazo máximo de tres meses para su resolución y notificación (artículo 102.5 LPAC), de no haberse producido su suspensión a virtud de la resolución del instructor reseñada en el Antecedente Décimo, el último día hábil a estos efectos hubiera sido el 9 de abril de 2007 -el 8 es inhábil, art. 48.2 LPAC-, por lo que, en el momento de ser efectiva la suspensión de dicho plazo, es decir, el 2 de marzo de 2007, restaban 39 días -naturales, como corresponde considerar a la vista de que el citado plazo por meses es computable de fecha a fecha- para su finalización, los mismos días que habían de volver a computarse tras la reanudación del plazo con fecha 21 de abril de 2007, tras recibir el órgano consultante el Dictamen 51/2007. No obstante lo anterior, suspendido de nuevo el plazo máximo de resolución con fecha 25 de mayo de 2007, por la solicitud del presente Dictamen (Antecedente Decimosexto), en esa fecha restaban 5 días naturales para su finalización, los mismos de que dispondrá el órgano consultante para resolver el procedimiento y notificar la resolución a la empresa interesada una vez reciba el presente Dictamen, por las mismas razones que se han expuesto.

III. Por último, debe indicarse la necesidad de conformar un único expediente, mediante la unión a la primera documentación enviada a este Consejo Jurídico de la remitida posteriormente, tras el Dictamen 51/2007 (documentación esta última, por cierto, que no incluye la totalidad de la que figura en el primer expediente, lo que nos obligará a la cita de documentos de uno y otro expediente mediante la referencia “*exp. I*” y “*exp. II*”, según proceda).

TERCERA.- Sobre la nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 10 de enero de 1995 de la Dirección General del Hospital “Virgen de la Arrixaca” y del contrato de 16 de enero de 1995 objeto del procedimiento revisorio de referencia.

I. La declaración de nulidad de pleno Derecho objeto de la propuesta dictaminada pretende dictarse al amparo de lo establecido en los artículos 62, a) y 64.1 TRLCAP, en relación con el 62.1, c) LPAC, es decir, por haberse dictado los referidos acto y contrato administrativos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, concretamente, en el artículo 136 RLCE.

A este respecto, debe comenzarse por confirmar, a la vista del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la contratación de referencia, que los trámites exigibles a la modificación del contrato en cuestión son, efectivamente, los establecidos en el citado artículo 136 RLCE, aplicable en el momento en que se dictaron los actos cuya revisión se pretende. Así, el citado PCAP, como “*ley*” particular del contrato, establece en su Cláusula Primera, 1.1, que “*el contrato, de naturaleza administrativa, se regirá por las cláusulas de este Pliego y, en lo no previsto en ellas, por la Ley de 8 de abril de 1965, de Contratos del Estado, modificada por Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, así como por el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y por las demás normas concordantes y complementarias*”. Ello es coherente con el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Dictamen 67/1999, de 6 de julio de 2000, de que los contratos cuyo

objeto sea la prestación del servicio de televisión en las habitaciones de los pacientes de hospitales públicos debe calificarse como contrato administrativo especial, regido por sus propias normas y, en su defecto, por las aplicables a los contratos administrativos típicos. Teniendo en cuenta que en el referido Pliego no se regula lo relativo a la modificación del contrato, debe acudirse a lo establecido en el citado precepto reglamentario (al que, por su parte, reenvía el 208 del citado RLCE, relativo al contrato de gestión de servicios públicos, al que, como luego se dirá, ha de asimilarse), precepto en el que se establece con carácter general el procedimiento a seguir para cuantas incidencias surjan entre Administración y contratista, incluyendo el atinente a la modificación de las condiciones contractuales. De no ser ello así, se llegaría a la conclusión de que las modificaciones de los contratos de gestión de servicios públicos no tienen que ajustarse a procedimiento alguno, lo cual es inadmisibile, pues éste es el instrumento para verificar la concurrencia de los requisitos de fondo que justifican estas modificaciones, según se razonará seguidamente.

Así, los trámites exigidos son los siguientes:

1ª. Propuesta del facultativo encargado por la Administración de la dirección de las obras o servicios (en general, de las prestaciones) en que consiste el contrato, o petición de la empresa contratista.

2ª. Audiencia del contratista (si el expediente se inició a propuesta del citado director) o informe del citado facultativo (en el caso de que se iniciara a petición de la contratista), en ambos casos a evacuar en el plazo de 15 días.

3ª. Informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención del órgano de contratación, en el mismo plazo anterior.

4ª. Resolución del órgano de contratación y su notificación al contratista.

Por lo que se refiere a los requisitos de fondo a los que debía ajustarse la modificación del contrato en cuestión, la Cláusula 3 del Pliego, al remitirse a las normas del contrato de gestión de servicios públicos a efectos de su adjudicación, lleva a considerar aplicables al presente contrato las normas establecidas para dicha clase de contrato en el artículo 221 del citado Reglamento, que establece que la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, y que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

II. Examinado el expediente remitido, del mismo se desprende que la modificación del contrato operada a virtud de la Resolución de 10 de enero de 1995 y el posterior contrato del 16 siguiente, se acordó *“de plano”*, es decir, omitiendo todos los trámites previos exigidos por la normativa antes citada.

Así, en primer lugar debe destacarse, según se deduce de la Cláusula Segunda del contrato de modificación (el denominado *“anexo”* al contrato originario), que el objeto del mismo era que el contratista realizase *“a su cargo y con sus medios una red eléctrica para la conexión de los televisores, desde el centro de transformación del Hospital y bajo las indicaciones del Servicio de Obras y Mantenimiento, con el fin de no alterar el funcionamiento de los enchufes eléctricos existentes en las habitaciones de los enfermos, así como para evitar la saturación de las líneas eléctricas del Hospital”* (f. 145 exp. I). Siendo ello así, es decir, tratándose de una causa de carácter técnico, destaca poderosamente que

ni en este contrato ni en la Resolución de 10 de enero que lo precedió se hiciera siquiera referencia al correspondiente informe técnico que avalase tal circunstancia. Dicho informe era especialmente necesario si se tiene en cuenta que en la Cláusula Novena del contrato originario se estipuló que el Hospital *“pondrá a disposición del contratista S., S.L. las instalaciones eléctricas existentes para la conexión de los televisores. Serán de cuenta del contratista S., S.L. cuantas instalaciones fueran necesarias para el funcionamiento de los referidos televisores: antenas, amplificadores, cables, etc.”*.

Esta circunstancia plantea, de entrada, si la vía elegida para ejecutar dichas instalaciones eléctricas, es decir, la modificación del contrato vigente, era la adecuada a estos efectos, pues la naturaleza de estas instalaciones era muy distinta del objeto de aquél, referido exclusivamente a las instalaciones propias para la recepción y distribución de la señal de televisión, incluyendo los correspondientes televisores, en las habitaciones de los pacientes. Independientemente de que la adjudicataria tuviera la capacitación técnica necesaria para acometer las obras relativas a la instalación eléctrica en cuestión (incluyendo, en su caso, la pertinente clasificación empresarial), de la que nada se dice en el expediente, lo cierto es que podría sostenerse que la contratación de la ejecución de dicha instalación eléctrica debía haber sido objeto de un contrato independiente, sometido, pues, a las reglas de publicidad y concurrencia exigidas por la normativa aplicable. Esto ya constituiría, por sí misma, una causa de nulidad radical de los actos objeto de revisión, por haberse omitido el nuevo procedimiento de adjudicación, con los esenciales trámites que garantizan la publicidad y concurrencia de otros posibles interesados. Resultaría difícil aceptar en este caso que existían razones de interés público que demandaran encargar al contratista adjudicatario de la instalación de televisión, sin nuevo procedimiento licitatorio, la ejecución de una nueva instalación eléctrica, fundado en una pretendida urgencia en la puesta en funcionamiento de dichos televisores, pues parece claro que tal servicio no podía considerarse tan esencial que no permitiera la demora de tramitar tal procedimiento licitatorio.

En cualquier caso, incluso en la hipótesis de que tal modificación contractual fuera posible sin considerarla como un fraude o elusión indebida de los principios de publicidad y concurrencia previstos en la entonces aplicable LCE y su Reglamento, debe decirse que el procedimiento para la aprobación de la modificación contractual cuestionada hubiera debido ser el siguiente:

1º. Propuesta-informe del Jefe de Servicio de Obras y Mantenimiento del Hospital justificando técnicamente la improcedencia de poner en funcionamiento los nuevos televisores utilizando las instalaciones eléctricas existentes en el Hospital, y la determinación de las instalaciones complementarias necesarias al efecto mediante el oportuno proyecto técnico, y de su coste de ejecución, así como una propuesta sobre la justificación de su encargo al contratista adjudicatario, y no acudir a un contrato independiente. En dicho informe habría de haberse incluido un estudio relacionando el coste de tal instalación y su amortización por el contratista a la vista de los rendimientos estimados que habría de obtener según el contrato vigente, para así tener una base objetiva con la que determinar, con justificación, cuál hubiera tenido que ser el alcance de la prórroga del plazo del contrato para compensarle por dicho coste. Y ello porque, según se indicó anteriormente, éste es el modo establecido en la normativa de contratos para retribuir al contratista las modificaciones de las condiciones de prestación del servicio contratado, es decir, debiendo mantener el equilibrio económico del contrato. Además, en el presente caso, tendría que haber justificado tal informe la procedencia y cuantía del canon adicional de carácter anual que complementariamente se le

iba a exigir al contratista, sobre lo que nada se dice en el documento en que se formaliza la citada modificación contractual.

2°. Audiencia del contratista.

3°. Informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, que debía fiscalizar el cumplimiento de todo lo anterior. No era preceptivo el informe de la Intervención, al haberse sustituido ya en aquellas fechas la función interventora por el control financiero permanente, según manifiesta el informe de 23 de enero de 2006 recabado para determinar este extremo (f. 239 exp. I).

4°. Resolución del órgano de contratación comprensiva de todos los extremos en que consistiera la modificación contractual (y no sólo de la prórroga del plazo, dejado improcedentemente el resto de determinaciones para el documento de formalización de la citada modificación), incluyendo la obligación de reajustar la fianza prevista en la Cláusula Quinta del contrato originario al precio total del contrato prorrogado.

Como vamos a ver, y según se desprende del expediente, se omitieron los trámites reseñados en los precedentes apartados 1° a 3° (además de que no se cumpliera con lo indicado en el n° 4).

Por lo que se refiere a los informes técnico y económico, actos esenciales en este procedimiento, ninguna duda hay de su ausencia, por lo que sobra cualquier otro comentario.

En cuanto a la audiencia a la contratista, ésta alega que se cumplimentó al dictarse la Resolución del Director del Hospital de fecha 10-1-1995, pero ni consta que este acto se le notificara previamente a la suscripción del contrato, ni en el mismo se le otorgaba plazo alguno de audiencia, sino que tal Resolución acordaba unilateralmente la prórroga del contrato hasta el 31 de diciembre de 2019, sin más determinaciones.

Tampoco puede considerarse recabado y emitido el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD a la vista de la documentación últimamente incorporada al expediente (que ha de considerarse suficiente para la adopción del oportuno juicio al respecto), sin que el mero estampado del sello de dicha unidad administrativa en los documentos cuestionados pueda llevar a la convicción de lo contrario, máxime cuando en los actos reflejados en dichos documentos no se hace ninguna referencia a que los mismos se adoptan vistos los informes preceptivos (remisión que conforma la conocida motivación “*in aliunde*” del acto administrativo, práctica o uso administrativo sobradamente consolidado en la Administración del Estado). Antes al contrario, la utilización de dicho sello pudiera haberse realizado para dar a los actos en cuestión una apariencia de legalidad.

De lo expuesto se desprende que el acto y contrato objeto de revisión están incurso en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.1, e) LPAC. Si, como afirma el Dictamen de 30 de octubre de 2003, del Consejo de Estado, referido a un supuesto análogo, “*para que concurra este vicio de nulidad, es preciso que el procedimiento se haya violentado de modo terminante y claro, provocando una irregular formación de la voluntad administrativa*”, no cabe duda de que así ocurrió en el caso que nos ocupa, en cuanto la omisión de los referidos trámites impidió justificar debidamente la causa habilitante de la modificación contractual y dió lugar al establecimiento de unas prestaciones de contenido económico (la prórroga del plazo contractual y la fijación de un canon adicional) carentes de toda justificación en su procedencia y magnitud, violentando de esta forma el correcto

proceder en la formación de la voluntad de la Administración a la hora de modificar el contrato que tenía suscrito.

Por otra parte, y como señalamos para un caso análogo en nuestro Dictamen 7/2005, de 17 de enero, la exigencia de las indicadas formalidades no pueden *“quedar exceptuadas por el hecho de que la modificación se realizara de mutuo acuerdo con el concesionario, ya que las reseñadas actuaciones instructoras, previas a las modificaciones concesionales o contractuales, se dirigen a velar por la legalidad de las mismas, tanto en beneficio del particular como, sobre todo, de la Administración y los intereses públicos que ésta debe proteger”*.

III. Por lo que se refiere a la procedencia de declarar la nulidad de pleno Derecho, el artículo 102 LPAC, al que se remite el 64.1 TRLCAP, permite a la Administración adoptar dicho pronunciamiento *“en cualquier momento”*, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 106 de la primera Ley, que establece que *“las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

Conforme señalamos en el citado Dictamen 7/2005, *“a este respecto, de la doctrina y la jurisprudencia recaída sobre este precepto se desprende que, frente al principio general que obliga a la Administración a privar de efectos jurídicos a los actos y negocios incurridos en infracciones tan graves como las que dan lugar a su nulidad de pleno Derecho, el referido precepto legal operará, por excepción, cuando se acredite y justifique que el mantenimiento de los efectos jurídicos de dichos actos resulta de mayor interés público que la privación de aquéllos. No se trata, pues, en puridad, de decantarse por el interés privado de los particulares frente al público que supone la eliminación de un acto nulo, sino de que, en justificados y excepcionales casos, la estabilidad o mantenimiento de tales actos revista un interés, igualmente público, de entidad superior a su eliminación, y ello en cumplimiento del principio de seguridad jurídica, como contrapeso al de legalidad.*

Se trata de ponderar los intereses públicos en juego y de decantarse por el que merezca mayor protección. A este respecto, no puede haber duda de que procede la eliminación de la prórroga concesional, por tres esenciales razones: a) porque ésta se acordó sin justificación alguna de lo que constituyó su razón de ser (el resarcimiento de daños y perjuicios que la concesionaria no tenía el deber jurídico de soportar), por no haberse realizado evaluación económica alguna al respecto, con lo cual no es posible saber si el Ayuntamiento ha resarcido sin más al concesionario o si lo ha enriquecido injustamente por la vía de otorgarle más plazo de explotación del que le correspondería a estos efectos (...); b) porque lo anterior retrasa en un tiempo sustancial (nueve años, más del 50% del inicial plazo concesional) la posibilidad de que el Ayuntamiento realice una nueva licitación de la concesión, perjudicando a terceros interesados en la explotación del subterráneo y al propio Ayuntamiento, que se ve privado de la posibilidad de establecer, en la nueva licitación, un canon concesional eventualmente superior al vigente, o de recibir mejores ofertas de los aspirantes, tanto en este como en otros aspectos de la concesión; y c) porque el escaso lapso de tiempo transcurrido entre la firma del Convenio y la iniciación del procedimiento revisor impide considerar dignas de mayor protección las situaciones jurídicas que, en mera hipótesis (pues nada alega el concesionario al respecto), se pudieran estimar consolidadas por la prórroga concesional incurrida en nulidad”.

Como puede verse, existen grandes similitudes entre el caso enjuiciado en dicho Dictamen y el presente, pues (1º) aquí tampoco es posible saber, debido a los vicios procedimentales padecidos, si con la modificación se ha mantenido o no el equilibrio económico del contrato; (2º) se ha dado lugar a una notable ampliación del plazo contractual, pues los 6 años originariamente previstos se amplían en 20 más, sin introducir en el clausulado del contrato, como contrapartida, ninguna cláusula que obligase al contratista a adaptar las instalaciones y receptores a los nuevos desarrollos de la tecnología (la usualmente conocida como cláusula de adaptación al “progreso técnico”, no prevista en el PCAP a la vista del citado plazo de 6 años), cláusula cuya exigencia de modo implícito en los contratos administrativos (es decir, cuando no se incluye expresamente en el PCAP) no es una cuestión pacífica en la doctrina, además de que incluso en el caso de exigirse en este contrato, existiría una absoluta indeterminación sobre los eventuales mecanismos compensatorios al contratista; y (3º) porque no ha transcurrido un lapso de tiempo tan excesivo entre el comienzo de la prórroga del plazo contractual a virtud de los actos cuestionados (1 de enero de 2000) y el final del mismo (31 de diciembre de 2019) como para proceder a declarar la extinción de sus efectos, sin perjuicio de la restitución o, de ser procedente, la compensación de las prestaciones mutuamente realizadas, en el procedimiento a que se aludirá en la siguiente Consideración.

Por otra parte, el hecho de que se haya omitido total y absolutamente el procedimiento administrativo de modificación contractual, y en especial el informe en el que se debían establecer las características de la nueva instalación (en rigor, su proyecto de ejecución, pues nada se dice al respecto en el contrato cuestionado), su coste y el cálculo para compensar al contratista su amortización, unido a la ausencia del posterior trámite de audiencia al mismo para que pudiera formular alegaciones o mostrar su conformidad a lo allí establecido, no permiten considerar que la interesada fuera completamente ajena a la irregularidad cometida, tratándose de una empresa que, según sus afirmaciones, opera habitualmente en este sector, incluso con la Administración pública (f. 35 y 36 del exp. II) y, por tanto, con presumible conocimiento de los trámites esenciales de la contratación administrativa, debiéndole resultar cuando menos extraño que tan importante modificación contractual se acordara y formalizara sin tener a la vista los citados informes técnicos y económicos y sin un proyecto técnico de las importantes instalaciones eléctricas que debía realizar.

CUARTA.- La restitución de las prestaciones y la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 65.1 TRLCAP establece que “*la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*”.

De dicho precepto se desprende que la fase de liquidación del contrato (cuyo procedimiento es, en todo caso, de preceptiva tramitación) y el eventual procedimiento para la indemnización de los daños y perjuicios causados a las partes por la declaración de nulidad, sólo puede iniciarse y resolverse una vez sea firme el acto administrativo de declaración de la nulidad, lo que implica tener que esperar a que se produzca dicha firmeza. Ello ha de entenderse limitado a los indicados efectos restitutorios e indemnizatorios, no así a tener por extinguida la relación contractual objeto de la declaración de nulidad, que ha de enten-

derse ejecutiva desde el momento de su adopción, por evidentes razones de interés público (sin perjuicio, claro está, de lo establecido en el número 2 del citado artículo 65 sobre el supuesto de grave trastorno al servicio público).

En consecuencia, procede eliminar de la propuesta de resolución objeto de Dictamen su apartado segundo, dirigido a “*declarar la improcedencia de indemnización alguna a la empresa S., S.L.*”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Administración regional puede declarar la nulidad de pleno Derecho de los actos objeto del procedimiento de revisión de oficio a que se refiere el presente Dictamen, al amparo de lo establecido en los artículos 64 TRLCAP y 62.1, e) y 102 LPAC, en relación con el 136 RLCE y demás preceptos de la normativa reguladora de la contratación pública reseñados en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- En la resolución del citado procedimiento revisorio no procede incluir pronunciamiento alguno sobre los derechos indemnizatorios de la interesada.

TERCERA.- En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente en lo que se refiere a la pretendida declaración de nulidad, y desfavorablemente en lo referente a la declaración de improcedencia de indemnización a la interesada, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 87/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. S. G., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. Á. M. S. , debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 18/06/07

Extracto de Doctrina

Tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños en el centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 10 de marzo de 2004 tiene entrada en la Consejería de Educación y Cultura informe de accidente escolar emitido por la Directora del Colegio Público “San Félix” de Zarandona en el que se comunica lo siguiente:

“El día 9-03-2004, a las 11:50 horas, en el patio, durante el recreo, estando presente D. I. H. J., se producen en el alumno citado los siguientes daños: amputación del tercer dedo de la mano derecha”. Se hace el siguiente relato de los hechos: “El alumno introdujo los dedos en el dintel de la puerta de hierro del pabellón principal y al cerrar la puerta desde dentro se produjo la amputación del tercer dedo de la mano derecha y la lesión grave en el segundo dedo. Le fue implantado en el Morales Meseguer”.

Posteriormente, el 17 de igual mes, se presenta parte de rectificación del informe de accidente escolar para precisar que *“la hora en que realmente ocurrió el accidente fue las 12,05 y no las 11:50, y que D. I. H. J. sólo atendió en primer lugar al accidentado pero no presenció el accidente.”*

SEGUNDO.- El 16 de marzo de 2004, D. A. M. S. G., en nombre y representación del alumno M. Á. M. S., presentó reclamación por los daños sufridos el 10 de marzo de 2004 en el C.P. “San Félix” de Zarandona. En ella expone lo siguiente: *“El niño introdujo los dedos entre el marco y la puerta de entrada al centro por la parte exterior. Desde el interior se cerró la puerta produciéndole amputación subtotal del tercer dedo y amputación del pulpejo del cuarto dedo de la mano derecha”.*

Se adjunta a dicha solicitud fotocopia del informe de alta del Hospital General Universitario “Morales Meseguer”.

TERCERO.- El Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve, el 18 de febrero de 2005, admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, siendo notificada la resolución a la interesada el 1 de marzo siguiente.

CUARTO.- El 8 de marzo de 2005, D. C. F. S., que dice actuar en representación de D. A. M. S. G. y D.M. Á. M. S., presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta: *“Que las lesiones causadas al menor se produjeron el día 9 de marzo de 2004, en el C.P. San Félix de Zarandona durante el recreo, al cerrar las puertas y pillarle al alumno cuando estaba apoyado en el marco de las mismas.*

Que el mismo día ingresó en el Hospital por traumatismo abierto dedos 3º y 4º de mano derecha por aplastamiento de la misma con una puerta, precisando amputación subtotal dedo 3º y amputación pulpejo dedo 4º, según consta en el informe que se acompaña.

Posteriormente, el día 24 de marzo de 2005 ingresa a fin de ser intervenido con la consiguiente autorización de su abuelo, según consta en los documentos que se acompañan.

Que en fecha 2 de julio de 2004 el Dr. V. del Hospital Morales Meseguer realiza un informe clínico de secuelas, indicando que continúe curándose hasta su alta definitiva, con las siguientes secuelas:

1º. Amputación traumática de la falange distal de dedo 3º mano derecha.

2º. Muñón distal.

3º. *Pérdida parcial de pulpejo de 4º dedo de mano derecha con su correspondiente cicatriz.*

Se acompaña dicho informe.

Dichas secuelas se valoran prudencialmente en quince puntos, por lo que a razón de 947,44 según recoge el Baremo de indemnizaciones vigente, haría una cuantía de 14.211,6 a lo que habría que añadir un 10% de factor de corrección, y el IPC de este año”.

QUINTO.- El 5 de octubre de 2005 se requiere a la reclamante para que acredite la representación del menor y, en su contestación, el letrado actuante D. C. F. S. manifiesta que la reclamante es abuela y guardadora de hecho del menor, y aporta fotocopia (no compulsada) del Libro de Familia.

SEXTO- A instancia del órgano instructor, el 30 de septiembre de 2005 se solicita informe a la Directora del Centro sobre el acaecimiento de los hechos, que es emitido el 14 de octubre de igual año en el siguiente sentido.

“Como rectificación a los escritos con fecha 10 de marzo y 16 de marzo del 2004 se hace constar que el profesor D. I. H. J. no estaba presente en el lugar del accidente, ya que no tenía turno de vigilancia de patio. Sin embargo, sí atendió al accidentado en los primeros auxilios dentro del pabellón.

En el momento en el que se produjo el accidente era durante el recreo, por lo que el accidente sucedió de forma fortuita e involuntaria, por cerrar la puerta un alumno que entraba al pabellón principal.

El alumno implicado había estado golpeando la puerta durante el recreo, ese día y en ocasiones anteriores. La jefa de estudios le había dicho, el día anterior, que no lo hiciera, que podía ser peligroso y estaba infringiendo las normas de comportamiento de los alumnos durante el recreo.

Los profesores responsables de la vigilancia del recreo se encontraban en el patio, vigilando. Hay que hacer constar que jugaban 300 alumnos en un patio de 3.0000 metros aproximadamente, con esquinas y zonas no visibles, que se recorrían también durante este periodo escolar.

La puerta donde se produjo el accidente es la puerta del pabellón principal. Esta puerta es de chapa blindada, colocada hace años por el Ayuntamiento, para evitar robos en el centro. Las condiciones de conservación eran las adecuadas, sin roturas ni óxidos.

Que, inmediatamente, cuatro profesores del centro llevaron al accidentado al Hospital Morales Meseguer, situado en el casco urbano de Murcia. Desde el centro se localizó rápidamente a la abuela del niño, que se personó en el citado Hospital, gracias a dos profesoras del colegio. La abuela dio su conformidad al tratamiento médico que estaban realizando, y agradeció a los cuatro profesores las atenciones y la rapidez con que se había actuado.

Consideramos que el accidente fue totalmente fortuito e involuntario y que el profesorado atendió correctamente la vigilancia del patio. La atención recibida en el traslado al hospital fue inmediata, por lo que recibimos el agradecimiento de los abuelos, que eran los encargados de cuidar al nieto”.

SÉPTIMO.- El 18 de octubre de 2005 se solicita informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, acerca de las caracterís-

ticas y estado de conservación de la puerta, por si hubiera podido ser causa del accidente referido.

En su contestación, mediante nota interior de 14 de noviembre de 2005, el arquitecto técnico de zona concluye que *“los signos externos que han podido comprobarse, visualizados en las fotos adjuntas, reflejan unas características de la puerta de bastidor de hierro acabado en chapa metálica, con un estado de conservación normal y un diseño adecuado al fin que se destina, siendo éste el utilizado por el Ayuntamiento en los edificios similares.”*

OCTAVO.- Requerida nuevamente la reclamante para que acredite la representación que dice ostentar del menor, así como la del letrado actuante, y para que cuantifique económicamente los daños alegados, D. C. F. S. presenta un escrito el 2 de noviembre de 2005, en el que manifiesta que los padres del alumno (D. M. M. S. y D. M. Á. S. R.) autorizan a su mandante (D. A. M. S. G.) y a él mismo a que lo representen en el presente expediente, acompañando copia compulsada del Libro de Familia. En dicho escrito aparecen, junto a la firma del abogado, tres firmas y tres nombres, resultando, además, que dos de las firmas no se corresponden con el nombre que aparece debajo de las mismas.

NOVENO.- Con fecha de 21 de diciembre de 2005 se dirige escrito a la reclamante mediante correo certificado con acuse de recibo (notificado el 26 de diciembre), comunicándole el cambio de instructor del procedimiento.

DÉCIMO.- El 17 de enero de 2006 (notificado el 20 siguiente) la nueva instructora procedió a comunicar al letrado actuante la necesidad de que la reclamación fuera interpuesta por alguno de los padres del menor, que son los que tienen atribuida su representación legal, y que el propio abogado acredite la representación con la que afirma actuar, bien mediante poder notarial, o bien mediante comparencia personal del mismo y los reclamantes ante el órgano instructor. Tras un nuevo requerimiento, se presenta escrito suscrito por los padres del menor y la abuela que inicialmente presentó la reclamación, ratificando los términos de la misma, designando a esta última para que pueda retirar cualquier cantidad de dinero que pudiera corresponder al lesionado a resultas del presente expediente, y designando al letrado actuante para que les represente, el cual, en prueba de su aceptación, suscribe también el escrito.

UNDÉCIMO.- Con fecha 10 de abril se procede a requerir nuevamente al abogado para que acredite su representación, mediante las formas legalmente previstas. El 7 de julio siguiente tiene entrada en la Consejería escrito de D. C. F. S., al que se acompañan dos escrituras de poder de representación procesal otorgadas por D. M. M. S. y D. M. Á. S. R., padres del menor, a favor, respectivamente, del citado abogado y de D. A. M. S. G., reclamante y abuela paterna del menor.

DUODÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a la parte reclamante, el letrado actuante presenta escrito de alegaciones el 2 de octubre de 2006 en el que manifiesta:

“En el presente caso quedan acreditados todos y cada uno de los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, el accidente se produjo en horario escolar; y como consecuencia del cierre de la puerta que no debió producirse. No consta en el expediente quién cerró la puerta del Pabellón Principal, si fue un profesor o un alumno, pero la cuestión es que la cerrase un profesor o un alumno es indiferente a los efectos de determinar la responsabilidad del centro, pues ello sólo añadiría a la responsabilidad de la Administración la del causante directo del daño.

Del informe jurídico se desprende que quien cerró la puerta fue un alumno. Ante la existencia de un riesgo de accidente para un niño, como es el caso de la colocación de una puerta blindada, se debería como mínimo haber tomado la precaución de dotar a la puerta de cualquier sistema que impidiese un cierre accidental o que al menos amortiguase el cierre de la puerta (como sucede en todas las puertas de acceso a los edificios dotadas de un simple muelle o mecanismo que hace que la puerta no se cierre “de golpe”).

Igualmente se reconoce en el informe la culpa in vigilando, ya que se dice que había profesores vigilando pero que como eran más de trescientos alumnos en ese momento no se percataron de los hechos. Se reconoce expresamente el deber de vigilancia y el resultado lesivo. Si hubiesen cumplido con su deber efectivo de vigilancia no se habría producido el accidente. “No lo vieron” sencillamente, porque no miraron. Su actuación posterior como consecuencia del accidente es muy loable, y así se les ha agradecido, pero la anterior al accidente no lo es tanto, ya que descuidaron su deber de vigilancia. No nos olvidemos que se trata de una puerta principal, y no de una secundaria. Se permitió la apertura de la puerta que debía estar cerrada, sin que además nadie se percatase de tal circunstancia, ni de que el niño metió la mano, ni de que otra persona cerró la puerta causando la amputación. El riesgo existía, era previsible, y se produjo el accidente, lo que descarta absolutamente la fuerza mayor o el caso fortuito. Es más, del propio informe jurídico se desprende incluso la existencia de un agravación de la responsabilidad por parte de la Administración por cuanto se afirma que ese día y en ocasiones anteriores el niño había estado golpeando la puerta sin que se tomara ninguna medida para impedir el previsible accidente. Si se le hubiese impedido meter los dedos en la puerta, si ésta se hubiese vigilado, o incluso cerrado ante la evidencia del peligro que ya se habría advertido, que hubiese sido lo normal, no habría ocurrido el accidente, o las consecuencias del mismo, de haberse adoptado cualquier medida de prudencia habrían aminorado las lesiones”.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 9 de octubre de 2006 se solicita nuevo informe ampliatorio del anterior al Director del centro, que lo emite el 17 de octubre en el siguiente sentido:

“El motivo por el cual la puerta se encontraba abierta fue el propio alumno. Había golpeado la puerta durante varios minutos “para jugar”. El accidente sucedió, de forma fortuita e involuntaria, por cerrar la puerta un alumno que entraba al pabellón principal.

Durante el recreo no estaba permitido que los alumnos menores atravesaran la puerta de acceso al pabellón principal. Ocasionalmente, algún alumno de la E.S.O. atravesaba dicha puerta para hablar con algún profesor, tal como sucedió en este momento.

La puerta, en aquel momento, tenía las condiciones para evitar robos y actos vandálicos en el centro, tal como había ocurrido antes en repetidas ocasiones.

Posteriormente esta puerta ha sido desmontada y se ha cambiado el acceso al pabellón principal pensando en posibles accidentes y actos vandálicos.

Consideramos que el accidente fue totalmente fortuito y que el profesorado atendió correctamente la vigilancia del patio. La atención recibida en el traslado al hospital fue inmediata, por lo que recibimos el agradecimiento de los abuelos, que eran los encargados de cuidar al nieto”.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 10 de octubre de 2006 se solicita nuevo informe ampliatorio a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, que lo emite el mismo día, destacando lo siguiente:

“Los signos externos que se visionan en la foto (tomada con fecha 03/06/2004), reflejan las características físicas de una puerta de acceso al interior de la edificación, con dimensiones proporcionadas al hueco donde se sitúa, ajustándose a las condiciones normales para su uso y función, no existiendo en vigor ningún condicionante de instalación de un sistema que controle el cierre.

Los materiales empleados para su ejecución son de hierro, su comercialización de acero laminado y conformado, constituyendo el bastidor y revestimiento de las dos hojas de la puerta, respectivamente, que aislados tienen bordes y filos, pero montados en su conjunto no presentan elementos inadecuados ni cortantes en el uso normal de este elemento de paso en su situación”.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 29 de noviembre de 2006 se otorgó un nuevo trámite de audiencia a la parte reclamante, en relación con los informes evacuados posteriormente, presentando nuevo escrito de alegaciones el 21 de diciembre de 2006, en el que se sostiene básicamente que el colegio público reconoce que ha cambiado la puerta para evitar posibles accidentes.

DECIMOSEXTO.- La propuesta de resolución, de 18 de enero de 2007, ha desestimado la reclamación por considerar probado que no hubo falta de vigilancia del profesorado y que las condiciones de las puertas eran las adecuadas, imputando el resultado dañoso a la conducta del menor, que tiene el deber jurídico de soportarlo.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 31 de enero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Requisitos previos: legitimación y plazo de reclamación. Procedimiento.

Si bien la reclamación se interpuso inicialmente por la abuela del menor, en su condición de guardadora de hecho, según manifiesta el letrado actuante, con posterioridad, y tras varios requerimientos del órgano instructor, fue ratificada por los progenitores del alumno (folio 63 y ss.), que finalmente otorgaron su representación mediante poderes notariales tanto al letrado actuante como a la abuela del menor, a la que también autorizaron, por escrito de 31 de marzo de 2006, a que pudiera retirar cualquier cantidad de dinero procedente del

presente expediente de responsabilidad patrimonial. En dicho apoderamiento queda constancia que los padres del menor se encuentran separados y que ostentan su patria potestad (folio 74). Por tanto procede concluir que se ha acreditado la condición de interesados de los reclamantes y la representación con la que actúa el letrado actuante.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público “San Félix” de Zarandona pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante.

En cuanto al plazo, la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Respecto al procedimiento seguido cabe señalar que se ha atendido, en términos generales, a lo establecido en el RRP, salvo en el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento.

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

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa. Ahora bien, en cuanto a los daños acaecidos en centros escolares, este Consejo Jurídico ha razonado que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de los servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el sistema de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (por todos, Dictamen núm.134/04). Por tanto, como dice la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de 2 de julio de 2002, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños en el centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.

En el presente supuesto los reclamantes sostienen tanto la existencia de defectos en las instalaciones, puesto que se había colocado una puerta blindada sin haber adoptado un sistema que amortiguase su cierre, lo que representa un riesgo de accidente para los niños, como la culpa *in vigilando* por cuanto el informe del centro escolar reconoce que el alumno había estado golpeando la puerta en ocasiones anteriores, sin que se adoptara ninguna medida preventiva.

Por el contrario la propuesta de resolución no aprecia defectos en la instalación de la puerta, conforme al informe de la Unidad Técnica, ni falta de vigilancia del profesorado,

pues se le había advertido al alumno el día anterior por la Jefa de Estudios que podía ser peligroso, y que estaba infringiendo las normas de comportamiento durante el recreo, por lo que alcanza la conclusión de que el accidente se debió a la culpa exclusiva del menor, de 11 años de edad, con una madurez mental suficiente para conocer las normas básicas de comportamiento.

Ciertamente el alumno había sido advertido el día anterior del riesgo de su comportamiento (golpear la puerta de hierro del pabellón principal durante el recreo), aspecto no controvertido por los reclamantes, y que por su edad (11 años) podía comprender que no debía hacerlo, al habersele indicado en tal sentido por una profesora, pero de ahí no puede extraerse que el menor fuera consciente de los riesgos que su acción podría acarrearle, y que se materializaron finalmente en la amputación subtotal del tercer dedo de su mano derecha y del pulpejo del cuarto dedo de la misma mano. De no concurrir las circunstancias que seguidamente se relacionan podría haber sido aplicable la doctrina de los órganos consultivos, que recoge la propuesta de resolución, en los supuestos de atrapamiento de dedos en puertas en los colegios, cuando los hechos se producen fortuitamente, y que propugna la ausencia de la relación de causalidad (por todos Dictamen núm. 2894/2002 del Consejo de Estado, y núm. 157/2003 del Consejo Jurídico), siempre y cuando no concurren elementos adicionales generadores de riesgo como una muy corta edad de los niños, o circunstancias que exijan una diligencia en el cuidado y vigilancia superior a la ordinaria. Precisamente en el presente supuesto concurren las siguientes circunstancias de las que puede inferirse el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, y su antijuridicidad:

1ª) En el momento de producirse el accidente (a las 12,5 horas) no se encontraba presente, ni estaba observando al alumno algún profesor responsable de la vigilancia del patio, pues la dirección del centro escolar reconoce que el profesor D. I. H. J., que atendió al accidentado en los primeros auxilios dentro del Pabellón, no estaba presente en el lugar del accidente ya que no tenía turno de vigilancia de patio.

2ª) Cabe destacar que el alumno implicado había estado golpeando la puerta previamente durante el recreo, según reconoce el centro, sin que conste que durante el mismo se le advirtiera (sí el día anterior), o se adoptara algún tipo de medida preventiva cuando, según el segundo informe de la dirección del centro (folio 91), el menor la había estado golpeando durante varios minutos para jugar. También se indica que durante el recreo no estaba permitido que los alumnos menores atravesaran la puerta de acceso al pabellón principal, pero lo cierto es que la puerta no se encontraba cerrada, porque ocasionalmente algún alumno de la ESO atravesaba dicha puerta para hablar con algún profesor.

Las anteriores circunstancias ponen en evidencia que el alumno referido requería en aquel momento de una vigilancia superior a la ordinaria, por los actos que precedieron al accidente, sin que conste en la instrucción del presente expediente que así se le prestara, con independencia de la actuación diligente posterior al accidente, que no constituye el objeto de la presente reclamación.

3ª) A mayor abundamiento, y según se detalla, la puerta de bastidor de hierro acabado en chapa metálica tenía las condiciones para evitar robos y actos vandálicos como los ocurridos en el centro con anterioridad, reconociendo la dirección del centro que posteriormente esta puerta ha sido desmontada y se ha cambiado el acceso al pabellón principal pensando en posibles accidentes y actos vandálicos.

En consecuencia, el Consejo Jurídico muestra su desacuerdo con la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al inferir, por las razones expuestas, el correspondiente título de imputación al funcionamiento del servicio público.

CUARTA.- Daño y cuantía indemnizatoria.

Acreditada la realidad del daño, la parte reclamante solicita la cantidad de 14.211,6 euros, en concepto de secuelas que valora en quince puntos, más un 10% de factor de corrección, y el IPC correspondiente, fundando su pretensión en un informe de 2 de julio de 2004 del facultativo que le atendió en consultas externas del Hospital Morales Meseguer, Dr. D. P. V. R., que las concreta en las siguientes:

“1. Amputación traumática de la falange distal de dedo 3º mano derecha.

2. Muñón distal

3. Pérdida parcial de pulpejo de 4º dedo de mano derecha con su correspondiente cicatriz”.

A este respecto los interesados, que se acogen al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico, no justifican la puntuación que otorgan a cada secuela, pese a que el órgano instructor les requirió para que lo cuantificaran (folios 41 y 42), ni tampoco la instructora entra a considerar el *quantum indemnizatorio*, presumiblemente porque su propuesta es desestimatoria.

Asimismo conviene reiterar nuestra doctrina, expresada, entre otros, en nuestro Dictamen núm. 134/2004:

– El artículo 141.2 LPAC establece que la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

– La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a los daños alegados y probados por los reclamantes.

– La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

– Incumbe a la parte reclamante la carga de probar los elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

– La cuantía de indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo (año 2004), sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

Aplicado al caso concreto y a los daños que se reclaman, que se contraen a las secuelas derivadas del accidente, se suscitan las siguientes cuestiones en la valoración propuesta por los reclamantes:

1ª Una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla a la que se han acogido los reclamantes, sin perjuicio de lo establecido respecto al perjuicio estético. Al no especificar la puntuación a cada una de las citadas se desconoce cómo se han cuantificado.

2ª Se solicita el 10% como factor de corrección, previsto en la Tabla IV (indemnizaciones básicas por lesiones permanentes) del baremo al que se acogen los reclamantes correspondiente al año 2004 (Resolución de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), aplicable a los afectados cuando se encuentran en edad laboral, lo que no concurre en el alumno accidentado, por lo que debería suprimirse del montante indemnizatorio, sin perjuicio de la actualización que corresponda con arreglo al IPC.

En consecuencia, el Consejo Jurídico recomienda a la Consejería consultante que solicite a los reclamantes la puntuación que otorga a cada una de las secuelas que alegan, a efectos de que por parte de la instructora se pueda determinar el *quantum* indemnizatorio con las observaciones anteriores.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, por cuanto concurren los requisitos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

SEGUNDA.- Para la fijación de la cuantía indemnizatoria por secuelas, se recomienda la actuación complementaria indicada en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 88/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. L. y W., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 18/06/07

Extracto de Doctrina

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: “La pre-

sencia incontrolada de animales en carreteras –dice el alto Órgano Consultivo– no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 4 de agosto de 2004, D. J. E. L. O., en nombre y representación de D. F. L. R. y W., S.A., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando indemnización por los daños sufridos el 23 de agosto de 2003, cuando circulaba por la carretera C-415 (Autovía Alcantarilla-Caravaca) en el punto kilométrico 56 (término municipal de Cehegín), y un perro irrumpió en la calzada.

Los daños en el vehículo ascendieron a 2.226,04 euros, de los cuales la Compañía W. pagó a su asegurado 2.120,89 euros, en virtud de seguro a todo riesgo con franquicia.

En consecuencia el letrado actuante reclama, en concepto de daños, 2.120,89 euros para W., S.A., y 105,15 euros para D. F. L. R..

SEGUNDO.- El 5 de octubre de 2004 (registro de salida) la instructora requiere al reclamante para que subsane y mejore la reclamación, con suspensión del plazo máximo para resolver el expediente; particularmente se le requiere para que acredite la representación con la que dice actuar el letrado actuante.

TERCERO.- Consta que el 20 de octubre de 2004 se presenta por la parte reclamante la siguiente documentación:

1. Copia compulsada de la escritura de poder de la Cía. W., S.A.
2. Copia del NIF.
3. Copia compulsada del Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico.
4. Copias compulsadas de las fotos tomadas del accidente.
5. Copia compulsada de la factura de reparación del vehículo.
6. Copia compulsada de recibo de pago de W., S.A., a D. F. L. R..

CUARTO.- Previa propuesta de la instructora y del Jefe de Servicio Jurídico, se dicta Orden resolutoria por el Secretario General de la Consejería (por delegación del titular), de 15 de noviembre de 2004, notificada el 1 de diciembre siguiente, acordando tener por desistidos a los reclamantes, al no haber presentado el letrado actuante, en el plazo otorgado, la documentación requerida, entre ella la acreditación de su representación. Posteriormente, el 17 de noviembre de 2004 se aportan por la parte reclamante nuevos documentos, según consta en los folios 73 y siguientes.

QUINTO.- El 13 de diciembre de 2004 (registro de salida) se requiere nuevamente al letrado actuante para que acredite la representación de D. F. L. R., siendo reiterada la petición el 1 de enero de 2006, sin que conste que la haya cumplimentado.

SEXTO.- Con fecha 25 enero de 2005 el Secretario General de la Consejería consultante (por delegación de su titular) revoca la declaración del desistimiento de la reclamación, por haberse incurrido en un error al constatar que el interesado había aportado en plazo la

documentación solicitada, acordando la continuación del procedimiento iniciado a instancia de D. J. E. L. O., en nombre y representación de D. F. L. R. y W., S.A.

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de marzo de 2006 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras y se recaba de la parte reclamante la fotocopia compulsada del permiso de circulación del conductor y la tarjeta de inspección técnica del vehículo.

OCTAVO.- La Dirección General de Carreteras remite un informe de la Concesionaria de la Autovía del Noroeste, suscrito por el Jefe de Explotación, que señala lo siguiente:

a) Examinados los registros y partes diarios del servicio de vigilancia de esta concesionaria durante las fechas en las que se produjo el incidente de referencia, se constata la recogida y posterior enterramiento de un animal en el pk. 54.2 pudiendo corresponder por cercanía al animal atropellado por el reclamante.

b) De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado no se deduce actuación negligente del mismo, o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho totalmente fortuito.

c) El atropello de animales en la carretera debe considerarse como un fenómeno fortuito que puede producirse en cualquier punto de la misma si bien se comprueba que se localizan con más frecuencia en las inmediaciones de zonas que por lógica carecen de vallado de cerramiento tal como son en este caso los enlaces de salida-entrada de las autovías.

d) De las inspecciones periódicas que efectúa el servicio de vigilancia y mantenimiento de esta concesionaria no hay constancia de la existencia de desperfectos en la valla de cerramiento colocada en la zona donde se produjo el accidente.

En carreteras de estas características “autovías” se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma introduciéndose por cualquiera de los accesos abiertos, por los que entran y salen los vehículos.

De hecho, en el supuesto punto del atropello (P.K.56) existen varios accesos cercanos:

- Enlace de Cehegín Oeste (salida 55) en el P.K. 55,9.*
- Enlace C-3314 (salida 57) en el P.K. 58.*

Así pues, de la existencia de vallado lateral no se deriva necesariamente una relación de causalidad entre el servicio público y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues estos pueden acceder a la calzada a través de los mencionados enlaces, mediante otros vehículos en circulación o traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales.

Según lo anteriormente expuesto no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación que realiza esta empresa Concesionaria responsabilidad alguna por la reclamación efectuada (...).

NOVENO.- El 15 de junio de 2006 se otorga el preceptivo trámite de audiencia a la parte reclamante, sin que se hayan presentado alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución desestimatoria, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

DÉCIMO.- Con fecha 9 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A los anteriores Antecedentes son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que la entidad aseguradora, una vez pagada la indemnización, según se acredita con el recibo del finiquito suscrito por el interesado, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado, frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Sin embargo, como indicamos en nuestro Dictamen 67/2006, la subrogación no puede alcanzar a la franquicia de 105,18 euros, a cuyo pago viene obligado contractualmente el asegurado, sin que el letrado actuante haya acreditado la representación que dice ostentar de éste, por lo que cabe desestimar la reclamación respecto al propietario del vehículo, al no constar poder bastante, pese a los requerimientos reiterados de la instructora del expediente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 32 y siguientes LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la autovía donde se produjo el accidente, como se desprende de la documentación incorporada al expediente. El hecho de que las labores de conservación de la autovía se lleven a cabo por una empresa concesionaria no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos el 23 de agosto de 2003 y la reclamación se interpuso el 4 de agosto de 2004 y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), si bien cabe reiterar lo señalado en nuestro Dictamen núm. 8/2006: *“es necesario destacar que se ha omitido el preceptivo informe del Centro a que se refiere el artículo 10.2 RRP, informe que debería haber sido emitido por la Dirección General de Carreteras, tal como solicitó el órgano instructor (folios 29 y 30), y que ha sido sustituido por el de la concesionaria de la explotación y mantenimiento de la autovía, la cual debe informar a*

tenor de lo prevenido por el artículo 1.3 RRP. Debe advertirse que ésta ocupa una posición jurídica respecto al reclamante de distinto alcance que la Administración titular de la carretera y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, han de emitirse ambos informes (exigido el del contratista, además, por el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) ya que el Centro administrativo correspondiente no puede abdicar de sus competencias”.

TERCERO.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que “la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos “*necessitas probandi incumbit ei qui agit*” y “*onus probandi incumbit actori*” y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos se pueden citar los dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 -citado en la propuesta de resolución-, 28/2004 y 85/2004).

La Administración ha practicado las pruebas que estaban a su alcance, solicitando informe técnico de la Dirección General de Carreteras y a través de la misma a la empresa concesionaria. De esta última entidad se desprende la realidad del siniestro pero, en ningún caso, la concurrencia del nexo de causalidad.

En efecto, la mercantil concesionaria manifiesta que no tiene constancia de la existencia de desperfectos en la valla de cerramiento correspondiente al punto en el que se produjo el accidente, el cual además se encuentra próximo a los enlaces de Cehégín oeste y C-3314, por donde pudiera haber accedido el animal que irrumpió en la calzada. De otra parte tampoco el reclamante imputa a la Administración ningún defecto u omisión del deber de conservación de la carretera, que permita inferir el imprescindible nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas

a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: *“La presencia incontrolada de animales en carreteras –dice el alto Órgano Consultivo– no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”*.

Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por R.D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen se ha acreditado que la valla se encontraba en el lugar del atropello en perfectas condiciones, concurriendo además la circunstancia de que próximo a dicho punto existen dos accesos por donde, probablemente, accedió el perro a la autovía, como se ha indicado anteriormente.

Por tanto, si bien se ha acreditado la realidad del suceso a través del Atestado de la Guardia Civil, sin embargo no se ha probado por el reclamante, a quien incumbe, el nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la autovía y la irrupción de un animal en la calzada, llevando al Consejo Jurídico a compartir el criterio de la instructora y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005 y 8/2006 acerca de la irrupción de animales en las autovías, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003) cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes”.

Además, en el presente caso, sostener la atribución de la responsabilidad del accidente a la Administración entrañaría una interpretación exageradamente providencialista, al convertirla en una suerte de aseguradora universal (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2007).

Conclusión esta que hace innecesario pronunciarse sobre los restantes extremos respecto de los que debería versar este Dictamen, es decir, valoración del daño y su cuantía.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por W., S.A., por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

SEGUNDA.- En lo que concierne a la cuantía reclamada en nombre de D. F. L. R., el letrado actuante no acredita la representación con la que dice actuar, por lo que procede además desestimar por dicha circunstancia la reclamación de responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 89/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. A. M. M. y D. F. J. G. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 18/06/07

Extracto de Doctrina

Como venimos indicando al menos desde nuestro Dictamen 56/2001, “debemos recordar la conveniencia de introducir la práctica administrativa de exigir un informe adicional de los servicios técnicos del Parque Móvil, como se ha hecho en algunas ocasiones, pues ello asegura la necesaria correspondencia entre el accidente y los daños cuya indemnización se reclama”. En la misma línea, en el Dictamen 16/2003 señalamos que “atendiendo al hecho de que el documento en que la reclamante basa su evaluación es meramente un presupuesto de reparación y no una factura, es recomendable solicitar a una Unidad con conocimientos técnicos en automoción (Parque de Maquinaria, Parque Móvil etc.) informe acerca de la adecuación entre los daños sufridos por el vehículo y la forma en que se dice se produjo el accidente, y sobre el importe de la reclamación en función de los daños sufridos”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Director General de Personal de la Consejería de Educación y Cultura, mediante comunicación interior de 14 de marzo de 2006, remitió al Servicio Jurídico de dicha Consejería dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas el 24 de febrero de 2006 por D. J. A. M. M. y por D. F. J. G. L., respectivamente, por los daños

ocasionados en vehículos de su propiedad el 12 de julio de 2005, por la caída de una rama de grandes dimensiones de un árbol situado en el recinto del I.E.S. “*José Ibáñez Martín*”, de Lorca. Reclaman una indemnización de 919’56 y 1.222’91 euros, por los gastos de reparación de aquéllos, respectivamente.

En las solicitudes de reclamación de daños y perjuicios, los interesados manifiestan, entre otras cosas, lo siguiente:

“Que el pasado día 12 de julio de 2005, sobre las 18:00 horas, cuando se encontraba mi vehículo debidamente estacionado en la calle J. S. F., de Lorca, a la altura del Instituto Público Ibáñez Martín, cayó sobre él una rama de grandes dimensiones procedentes de un árbol (pino), situado dentro del recinto del Instituto Ibáñez Martín.

Que al lugar acudió la Policía Local de Lorca, quien instruyó las correspondientes diligencias, en las que se reflejan y acredita la filiación del vehículo, los hechos expuestos y los daños sufridos en mi vehículo; cuya copia se adjunta a los efectos probatorios oportunos como documento número uno, dejando designados los archivos de la Policía Local de Lorca a efectos contradictorios”.

En las referidas reclamaciones, los Sres. M. M. y G. L. designan como su representante al letrado de Murcia D. J. P. R., quien firma en las reclamaciones aceptando tal designación.

A las instancias acompañan la siguiente documentación:

– Certificación del Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Lorca relativa al citado accidente.

– Informe de valoración de daños del perito de “P. M. S.”, D. J. E. S..

El certificado del Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Lorca es comprensivo de lo siguiente:

“El Agente de Policía Local de Lorca con número de identificación profesional 24.576, en relación con el accidente reseñado, tiene el honor de emitir el siguiente informe:

INFORME

Que sobre las 18:22 horas del martes día 12 de julio de 2005, se tuvo conocimiento de un accidente en la calle Jerónimo Santa Fe, a la altura del Instituto Ibáñez Martín, dentro del casco urbano de Lorca, consistente en la caída de una rama de grandes dimensiones procedente de un árbol (pino), situado dentro del recinto del Instituto Ibáñez Martín, y que al desprenderse cayó hacia la calle Jerónimo Santa Fe, alcanzando la acera peatonal y sobre los vehículos que se encontraban estacionados correctamente en la banda destinada a tal fin en dicha calle.

Al lugar de los hechos se desplazó el Cabo de Policía Local con número de identificación profesional 24.609 y una vez comprobada la veracidad de los hechos procedió a la identificación de los vehículos afectados”. Dichos vehículos son los de los reclamantes, según el transcrito informe de la Policía Local.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de abril de 2006, el Secretario General de la Consejería resuelve admitir a trámite y acumular las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, así como nombrar instructora del expediente, lo que es notificado a los reclamantes.

TERCERO.- Mediante escrito de 3 de mayo de 2.006, la instructora solicita informe a la Dirección del centro escolar sobre los siguientes extremos:

- *Relato pormenorizado de los hechos.*
- *Lugar donde se produjo el accidente.*
- *Profesores presentes u otras personas.*
- *Cualquier otra manifestación que estime procedente”.*

CUARTO.- En el informe del Director del centro docente, de 12 de mayo de 2006, se expresa lo siguiente:

“Relato de los hechos.

El día 12 de julio de 2005 por la tarde recibo en mi casa una llamada telefónica del Jefe de Estudios comunicándome que se ha desprendido, cayendo sobre la calle, una rama de un pino que se encuentra en el jardín del Centro y en zona límite con la calzada que discurre frente a la fachada del Instituto. Inmediatamente, y para mayor celeridad, me traslado en automóvil hasta el lugar, dándome a conocer en mi calidad de Director del Centro a los agentes de las fuerzas de seguridad, así como a los bomberos que están despejando la rama caída, que llega hasta la mitad de la calzada, trabajo para el cual ha sido necesario reducir la circulación a un solo carril. Me pongo a su disposición, ofreciendo mis datos, para todo lo concerniente al asunto.

En la inspección visual observo que la rama ha caído sobre dos automóviles aparcados junto a la acera, pero como es rígida y de gran envergadura, hace ángulo sobre ellos, de manera que da la impresión de que sólo las ramas pequeñas tocan sobre la capota.

Al día siguiente, 13 de julio, envió un informe (nº de registro de salida 196) a la Dirección General de Personal, Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, dando cuenta del incidente. En días posteriores, y en fecha indeterminada, se ponen en contacto telefónico conmigo personas que dicen ser representantes de Compañías de Seguros, a los cuales remito a la Consejería de Educación y sus servicios para que conozcan la actuación pertinente en estos casos, poniéndome a su disposición para lo que, en mi caso, sea de mi competencia.

Lugar del accidente.

El borde del jardín exterior del Instituto, que linda con la acera de la calle Jerónimo de Santa Fe, en la que está situado el Centro.

Personas presentes.

El Director que suscribe y los curiosos que observan. Está presente, y hablo con él, el comisario de Policía, D. T. A., además de los ya citados agentes de Policía Municipal y bomberos. Creo recordar, aunque no con seguridad, que estaban presentes algunos números de la Guardia Civil”.

QUINTO.- Acordado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, notificado a los reclamantes, no consta que hayan hecho uso de este derecho ni formulado alegaciones.

SEXTO.- Mediante Resolución de 4 de octubre de 2006, el Secretario General de la Consejería acuerda el cambio de instructor, siendo notificado a los reclamantes.

SÉPTIMO.- El 20 de octubre de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria de las reclamaciones, por considerar, en síntesis, que existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, aceptando la valoración de los daños efectuados por los reclamantes.

OCTAVO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 26 de octubre de 2006, el Consejero de Educación Cultural solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación, plazo de interposición y competencia para resolver el procedimiento.

I. A la vista de las actuaciones que constan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP) para la tramitación de esta clase de reclamaciones.

II. La reclamación que nos ocupa ha sido interpuesta por personas legitimadas, al tener el adecuado interés legítimo en la cuestión planteada, en cuanto titulares de los vehículos dañados.

III. La pretensión indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

IV. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

TERCERA.- Relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos: existencia.

Ha de coincidir con la propuesta de resolución en que los daños producidos en los vehículos en cuestión (daños que son reconocidos en dicha propuesta) son imputables al funcionamiento del servicio público educativo regional, en forma, bien de una deficiente conservación del árbol existente en el recinto docente, bien a título de una responsabilidad meramente objetiva que, de modo especial para supuestos como el presente, viene siendo reconocida por la jurisprudencia y este Consejo Jurídico (entre otros, en nuestro Dictamen

45/2001, en supuesto análogo al presente), sin que la única causa aquí potencialmente exoneradora, la existencia de fuerza mayor, haya sido acreditada (ni siquiera alegada) por la Administración regional encargada de la prestación del servicio educativo en el recinto docente de que se trata.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

La propuesta de resolución acepta la valoración de los daños cuya indemnización se reclama, en base a que los mismos son confirmados por un perito de la compañía aseguradora de los reclamantes. Además de la irregularidad que supone el no mencionar siquiera en dicha propuesta cuáles son las cantidades reclamadas (lo que deberá corregirse), debe añadirse que, como venimos indicando al menos desde nuestro Dictamen 56/2001, *“debemos recordar la conveniencia de introducir la práctica administrativa de exigir un informe adicional de los servicios técnicos del Parque Móvil, como se ha hecho en algunas ocasiones, pues ello asegura la necesaria correspondencia entre el accidente y los daños cuya indemnización se reclama”*. En la misma línea, en el Dictamen 16/2003 señalamos que *“atendiendo al hecho de que el documento en que la reclamante basa su evaluación es meramente un presupuesto de reparación y no una factura, es recomendable solicitar a una Unidad con conocimientos técnicos en automoción (Parque de Maquinaria, Parque Móvil etc.) informe acerca de la adecuación entre los daños sufridos por el vehículo y la forma en que se dice se produjo el accidente, y sobre el importe de la reclamación en función de los daños sufridos”*.

En consecuencia, una completa y adecuada instrucción del procedimiento requiere remitir las actuaciones al Parque regional de Maquinaria, para que emita informe sobre la valoración de los daños en cuestión, tras lo cual podrá resolverse el procedimiento como corresponda, actualizando la cuantía indemnizatoria que en su caso proceda, conforme con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, por lo que en este punto la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

SEGUNDA.- En cuanto a la cuantía de la indemnización, habrá de estarse a lo indicado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 90/07.- Proyecto de Decreto por el que se regulan los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Turismo, Comercio y Consumo (2004)

Fecha: 25/06/07

Extracto de Doctrina

Del juego o combinación de los artículos 38 y 53.1 de la Constitución resulta el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y el establecimiento del principio de legalidad en esta materia, de forma que esta libertad sólo puede ser limitada o condicionada si hay una previa y suficiente habilitación del legislador.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En diciembre de 2005, la Dirección General de Infraestructuras de Turismo elaboró un primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se regulan las Agencias de Viajes y Centrales de Reservas, que incluía también la actividad de los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia, conforme expresaba su título.

SEGUNDO.- Dicho borrador fue sometido el 16 de mayo de 2006 a audiencia de las Consejerías que integran la Administración regional, y a otros organismos interesados, presentando alegaciones, en lo que concierne a los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia (en lo sucesivo OPC), los siguientes:

1ª) La Escuela Universitaria de Turismo de Murcia realiza observaciones sobre las funciones de selección y contratación de los proveedores idóneos por parte de los OPC, pues considera que dicho reconocimiento es contradictorio con las tareas de mediación de las Agencias de Viaje, aconsejando que se suprima, sin que tampoco aprecie claridad en la redacción del artículo 31.5 del primitivo borrador.

También considera que el artículo 36 encubre la tipificación de sanciones, sin ajustarse al principio de legalidad, y respecto al 37 que no está prevista la situación de las empresas de terceros países, no domiciliadas en otras Comunidades Autónomas, o en países miembros de la UE.

2ª) La Empresa Pública Regional Murcia Cultural, S.A., propone sustituir en el artículo 39, primer párrafo, la palabra “propaganda” por “publicidad”, a la vez que aconseja eliminar la referencia a un tipo concreto de soporte publicitario si lo que se pretende es que los datos de identificación se incluyan en todos los medios publicitarios, correspondencia y documentación.

3ª) La Dirección General de Innovación Tecnológica y Sociedad de la Información, en su escrito de 12 de junio de 2006, propone incluir a los OPC en los servicios turísticos prestados a través de la Sociedad de la Información.

4ª) La Junta Directiva de la Asociación de Agencias de Viajes de la Región de Murcia (AMAV), en su sesión de 5 de junio de 2006, manifiesta su oposición radical (sic) a que se reconozca a los OPC en un decreto regulador de las Agencias de Viajes, porque si se organizan congresos en los que se combinan alojamiento y transporte, que suele ser lo habitual,

deben estar constituidas como Agencias de Viajes. Por ello considera que debe eliminarse toda referencia a los OPC, siendo un precedente lesivo para las Agencias de Viajes, no regulándose tampoco en ningún proyecto similar de otras Comunidades Autónomas. Asimismo fundamenta su petición, en relación con el transporte terrestre, en el artículo 122 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, y en su reglamento, que establecen que la actividad de mediación en los transportes de viajeros, tanto nacionales como internacionales, salvo los supuestos de colaboración entre transportistas legal o reglamentariamente previstos, estará reservada a las Agencias de Viajes debidamente autorizadas por la Administración Turística.

Finalmente propone que se incluya en el artículo 6.2 del borrador como actividades a realizar por las Agencias de Viajes:

“Los servicios de acogida de eventos congresuales, convenciones o similares, y de cualquier otro servicio turístico susceptible de ser demandado por los usuarios”.

5ª) El Presidente de la Asociación Mediterránea de OPC, además de resaltar el fuerte respaldo que para estas empresas supone la regulación autonómica, propone incorporar el término “exposiciones” a las funciones de planificación, organización y dirección, y añadir entre sus tareas “la elección y contratación de azafatas, guías de turismo, personal técnico y auxiliar para el desarrollo del evento”. Por último solicita que los OPC, con domicilio social fuera de la Comunidad Autónoma, cumplan los requisitos establecidos en el Proyecto cuando realicen actividades en la Región.

TERCERO.- Examinado el borrador por el Consejo Asesor Regional de Turismo, en su sesión de 15 de junio de 2006, acuerda informar favorablemente su contenido, si bien propone dividirlo en dos decretos, uno regulador de Agencias de Viaje y Centrales de Reserva, y otro que contemple a los Organizadores Profesionales de Congresos.

A partir de este acuerdo se tramitarán como proyectos independientes, aunque sin modificar su contenido en lo que afecta a los OPC, según informa el Asesor Facultativo de la Consejería proponente el 26 de junio de 2006.

También consta el informe favorable de la Comisión de Trabajo de Códigos de Auto-regulación y Proyectos normativos, constituida en el seno del Consejo Asesor Regional de Consumo, adoptado en su sesión de 13 de julio de 2006.

CUARTO.- El 26 de julio de 2006, el Director General de Infraestructuras de Turismo remite al titular de la Secretaría General para su tramitación un borrador de Proyecto de Decreto, que tiene como único objeto la regulación de la actividad de los Organizadores Profesionales de Congresos, junto con una propuesta del citado centro directivo, en el que se pone de manifiesto que en la actualidad no existe en la Región de Murcia normativa reguladora de este tipo de empresas desde la perspectiva turística, siendo no obstante una actividad de gran trascendencia económica, y de promoción de la localidad donde se celebran este tipo de eventos.

Asimismo acompaña un informe titulado de oportunidad y necesidad de su regulación, otro jurídico, de una denominada memoria económica, y de un informe de valoración del impacto por razón de género, todos emitidos por el Jefe de Servicio de Ordenación de Turismo en la misma fecha (26 de julio de 2006). A los anteriores se añade el del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, de 26 de septiembre de 2006, que realiza una serie de observaciones particulares al articulado.

QUINTO.- Recabado el Dictamen del Consejo Económico y Social, es aprobado por el Pleno el 27 de noviembre de 2006 alcanzando la siguiente conclusión:

“El CESRM valora positivamente el Proyecto de Decreto regulador de los Organizadores Profesionales de Congresos. Se considera oportuno ordenar una actividad económica en auge, que aumenta paulatinamente su presencia en el sector turístico regional y que prestando servicios con calidad y con profesionalidad puede contribuir a transmitir a los visitantes la imagen de modernidad y eficiencia de la Región. Además, a criterio del CESRM, el Proyecto impulsa la profesionalización del sector y combate el intrusismo, y favorece la competencia empresarial por la flexibilidad que aportan los requisitos fijados para autorizar la creación de estas empresas. Todo ello sin perjuicio de ciertas observaciones al articulado expuestas en el cuerpo de este Dictamen”.

SEXTO.- El 6 de febrero de 2007 (registro de entrada), la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma informa favorablemente el Proyecto de Decreto, sin perjuicio de las observaciones particulares al texto por la falta de una Exposición de Motivos, que describa la finalidad de la norma, sus antecedentes, las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta, y de las realizadas a los artículos 2, 5, 6, 9, 10, 11 y 13, 16, y Disposiciones Transitoria y Derogatoria.

SÉPTIMO.- Las precitadas observaciones son objeto de valoración por parte del Asesor Facultativo el 6 de febrero de 2007, tras lo cual se informa favorablemente por el Vice-secretario de la Consejería (el 7 de febrero siguiente).

OCTAVO.- Con fecha 22 de febrero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo en el que figura el Proyecto de Decreto, fechado el 12 de febrero anterior como borrador definitivo, si bien la diligencia impresa en el texto se refiere al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, tramitada paralelamente por la Consejería consultante.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto regulador de los OPC, en desarrollo del artículo 37,b) de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de su Ley de creación (Ley 2/1997, de 19 de mayo).

SEGUNDA.- Competencia y habilitación.

El Proyecto de Decreto tiene por objeto la regulación de la actividad de las empresas de actividades turísticas complementarias que se dedican a la organización profesional de congresos, ferias y convenciones.

Se sustenta, conforme se recoge en la Exposición de Motivos (en lo sucesivo EM), en el artículo 10.Uno, 16 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción, fomento y

ordenación del turismo en su ámbito territorial. En el ejercicio de dicha competencia le corresponde a la Región la potestad legislativa, reglamentaria y la función ejecutiva.

En desarrollo del marco estatutario, se aprobó la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia (en lo sucesivo LT), que regula la ordenación del sector turístico regional, y que contiene específicamente una clasificación de empresas turísticas introduciendo nuevas tipologías que la evolución del mercado aconsejó contemplar, entre ellas, a las empresas de actividades turísticas complementarias. Con ocasión de nuestro Dictamen núm.110/2005 señalamos: “*la Ley 11/1997, al igual que otras normas autonómicas similares, incluyó bajo el paraguas del turismo y la ordenación turística toda una serie de empresas y actividades que, de una u otra manera, contribuyen al ocio, con la finalidad de protección del consumidor, o el propio de calidad del servicio, o de la imagen turística*”.

Concretamente el artículo 8.1,d) de la precitada ley refiere, entre las empresas turísticas, a las que desarrollan actividades turísticas complementarias que reglamentariamente se establezcan y, específicamente, el artículo 37,b) de la misma contempla a las empresas que se dedican a la organización profesional de congresos, ferias y convenciones, al tiempo que ordena su inscripción en el Registro de las Empresas y Actividades Turísticas (artículo 38), a cuyo desarrollo reglamentario también se remite.

Ahora se ha considerado conveniente por la Consejería consultante su regulación por el crecimiento de la celebración de congresos y eventos de naturaleza análoga, íntimamente ligados a la dotación en infraestructuras hoteleras. Igualmente se motiva por constituir un importante aspecto en el ámbito de promoción de la localidad donde se celebran este tipo de eventos (propuesta del Director General de Infraestructuras de Turismo).

Ciertamente, de acuerdo con lo expuesto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias para regular sectores de la actividad económica, en este caso de las empresas turísticas complementarias (autorización, registro, etc.), en el ejercicio de las competencias de ordenación del turismo, y en el marco de una política administrativa con objetivos protectores del consumidor, pero sin que pueda afectar dicha regulación a la relación contractual *interprivatos* como ha indicado reiteradamente el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 85/2005). La anterior cita a los consumidores y usuarios evidencia que se encuentran entremezclados otros títulos competenciales autonómicos también recogidos en la EM del Proyecto, como son la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EARM), en el que se consideran insertos los aspectos del Proyecto de Decreto atinentes a los derechos del usuario, entre ellos los de información y hoja de reclamaciones (Dictamen núm. 85/2005, ya citado), cuando concurre, además, la circunstancia de que su ejercicio también está encomendado a la Consejería proponente (Decreto 60/2004, de 28 de junio). Del mismo modo resulta acertada la cita en la EM a las competencias de comercio interior de la Administración regional (artículo 10.Uno.34 EARM).

Respecto al órgano competente para aprobar el presente Proyecto, la Disposición Final de la LT faculta al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias precisas para su desarrollo y ejecución, que han de revestir la forma de Decreto, según exige el artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para las disposiciones de carácter general.

TERCERA.- Procedimiento y documentación.

La elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado al procedimiento previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. La circunstancia de que durante su tramitación se haya desgajado su contenido del borrador primitivo, que englobaba a las Agencias de Viajes, a las Centrales de Reservas y a los Organizadores Profesionales de Congresos, no exige, en opinión del Consejo Jurídico, reiterar el trámite de audiencia que se otorgó inicialmente a los organismos y sectores afectados, en tanto no se modificó su contenido.

Cabe destacar que el Proyecto de Decreto se ha sometido a informe de los Consejos Asesores regionales de Turismo y de Consumo, en los que participan las organizaciones de consumidores y usuarios, así como los Ayuntamientos. También se ha sometido a informe de la Escuela Universitaria de Turismo de Murcia, y han participado sectores profesionales directamente afectados por la regulación, como las Asociaciones de Agencias de Viaje y Mediterránea de OPC, con pareceres bien distintos acerca del Proyecto. No obstante podría haberse enriquecido la participación externa si también se hubiera dado audiencia a otras organizaciones situadas en el ámbito de la Administración Local, como la Oficina de Congresos de Murcia, creada por el Ayuntamiento de Murcia con la colaboración de empresas públicas y privadas.

Consta asimismo el dictamen del Consejo Económico y Social (CESRM), y el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma. Acerca de la audiencia a una sola de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, nos remitimos a las consideraciones realizadas en nuestro Dictamen núm. 65/2007, si bien conviene dejar constancia que un representante de todas ellas forma parte del CESRM, que sí ha dictaminado el presente Proyecto.

Las alegaciones vertidas en los informes o dictámenes procedentes de los órganos preinformantes han sido valoradas, habiéndose incorporando al texto la mayoría de las observaciones realizadas, si bien se ha detectado alguna contradicción, en tanto se dice expresamente en el informe del asesor facultativo de la Consejería consultante que se estima la recomendación del CESRM sobre la acreditación del alta de las empresas en la seguridad social (artículo 5.2), sin que se haya volcado en el texto definitivo, que consideramos el titulado de este modo, de acuerdo con el índice de documentos, pese al error en la diligencia impresa, al hacer referencia a otra disposición ajena al contenido del presente Proyecto.

CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.

I. La necesidad de un desarrollo sistemático de la LT.

Un primer reproche que merece el texto sometido a consulta, sin minusvalorar su finalidad, es que constituye un desarrollo aislado de la Ley regional y, de acuerdo con nuestro parecer, debería haberse incardinado su contenido en una regulación sistemática e integrada de las empresas dedicadas a actividades turísticas complementarias, considerando el artículo 37 de la Ley regional como tales no sólo a las que tienen como finalidad la organización profesional de congresos, ferias y convenciones, sino también a las que se dedican a promover los recursos que ofrece la naturaleza en el propio medio natural, que han sido contempladas en un proyecto de decreto distinto; también las que se dedican a la explotación turística de los recursos de contenido cultural, recreativo, deportivo y de ocio, y las que realizan itinerarios con fines eminentemente turísticos.

Otra opción posible para desarrollar la LT era la que inicialmente planteó la Consejería consultante, consistente en el tratamiento conjunto de todas las actividades de mediación turística en sentido amplio, si bien posteriormente se decidió desgajar su contenido, tras formular reparos la Asociación de Agencias de Viajes de la Región de Murcia a que el Proyecto de Decreto que las regula (hoy Decreto 100/2007, de 25 de mayo, publicado en el BORM de 6 de junio siguiente) incluyera la actividad de los OPC, con el informe favorable del Consejo Asesor Regional de Turismo, cuyas razones para sostener la citada postura se desconocen por la escueta certificación del acuerdo adoptado obrante en el expediente; a este respecto el Consejo Jurídico considera que lo relevante no es tanto dividir los contenidos, como que la regulación de los OPC respete las competencias asignadas, en exclusiva, por la LT a las Agencias de Viaje. En este sentido no es cierto, como sostiene la citada Asociación, que ningún reglamento de contenido similar regule a los OPC, pues el Decreto de la Comunidad Autónoma de La Rioja 111/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de Turismo de aquella Comunidad, regula en su artículo 222 las actividades turísticas complementarias y, concretamente, a las empresas especializadas en turismo de reuniones u organizaciones profesionales de congresos. En el mismo sentido el Decreto de Andalucía 301/2002, de 17 de diciembre, de Agencias de Viajes y Centrales de Reservas, regula el Servicio Turístico de Organización Profesional de Congresos, en su Disposición Adicional Primera

Justificada la necesidad de su regulación por el vacío normativo regional que contemple la actividad turística complementaria de este tipo de empresas, que han experimentado una gran potenciación, cuestión distinta es si la regulación de los OPC es susceptible de un tratamiento reglamentista tan exhaustivo de su actividad como el que postula el Proyecto, frente al modelo que ofrecen las normas regionales arriba citadas que se limitan a contemplar la exigencia de su autorización y su inscripción registral, sin que tampoco contribuya a despejar tal cuestión la Memoria sobre la oportunidad y necesidad del Decreto, que se limita a expresar el *iter procedimental*.

II. De las limitaciones a la actividad empresarial y el principio de legalidad.

No conviene olvidar que del juego o combinación de los artículos 38 y 53.1 de la Constitución resulta el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y el establecimiento del principio de legalidad en esta materia, de forma que esta libertad sólo puede ser limitada o condicionada si hay una previa y suficiente habilitación del legislador.

No cabe duda -para garantizar o potenciar la calidad empresarial en el sector turístico- que la Administración se sirve de técnicas de intervención y fomento. Precisamente la Consejería proponente, de forma justificada, se ha valido de las primeras para contemplar la exigencia de obtener autorización administrativa de estas actividades, y su inscripción en el correspondiente Registro de Empresas y Actividades Turísticas, sumando otras específicas como la imposición de una póliza de responsabilidad, y otras tendentes a la protección del consumidor (libro de reclamaciones, publicidad, etc.) y a la efectividad de todas ellas (régimen sancionador).

Sin embargo el Consejo Jurídico considera que determinados artículos del Proyecto son un tanto intervencionistas, sin que tengan pleno acomodo en la Ley que desarrollan, ni en la vertiente jurídico-pública de la ordenación de la actividad de este tipo de empresas, a la que se extiende la competencia autonómica.

Así, el artículo 8.3 del Proyecto de Decreto recoge, entre las causas de baja en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas, “el cese de la actividad empresarial en la Región de Murcia durante un periodo superior a tres meses, salvo que con carácter excepcional y mediante solicitud razonada, se conceda por el órgano competente la suspensión temporal de la actividad por un periodo determinado”. En tal sentido el Consejo Jurídico estima el carácter intervencionista de esta previsión sobre empresas que ejercitan su actividad en el marco de una economía de mercado, condicionado a la organización de los congresos y eventos reseñados, que no se justifica desde el punto de vista de las competencias de la ordenación de esta actividad turística complementaria, aconsejando su eliminación.

En otros aspectos, como la posibilidad de que los OPC (artículo 14.2) puedan exigir la constitución de un depósito sobre el coste total de los servicios a prestar, que no descansa en una previa habilitación legal, el Consejo Jurídico ya consideró en su Dictamen núm. 85/2005 que tal exigencia reglamentaria no se ajusta a las competencias autonómicas basadas en los diversos títulos competenciales que allí se ejercitaban (defensa y protección del consumidor, ordenación del sector turístico y comercio interior). Por las mismas razones debe remitirse tal exigencia a las relaciones contractuales *interpartes*, como reconoce el artículo 46 LT, al establecer como obligación del usuario turístico:

“Pagar el precio en el lugar, forma y tiempo convenidos”.

En consecuencia, debe suprimirse como tal obligación, redactándola como una manifestación del derecho a la información reconocido en el artículo 45.1 LT, bajo cuyo título se encuadra el artículo 14 del Proyecto, de forma que se recoja que, en el caso de que se constituya un depósito, deberá hacerse entrega al cliente de un recibo o documento acreditativo (...).

III. Deslinde con las actividades reservadas a las Agencias de Viaje.

La tramitación de ambos Proyectos de Decreto, que se han sometido simultáneamente a Dictamen del Consejo Jurídico, nos permite desarrollar esta consideración habiendo teniendo en cuenta ambos textos, y ahora el Decreto 100/2007, ya citado, suscitándose en relación con el que ahora dictaminamos las siguientes observaciones:

1ª. El Proyecto de Decreto de los OPC debe contener explícitamente que éstos no podrán realizar las actividades propias y exclusivas de las Agencias de Viaje, pues en tal caso deberán obtener previamente el título-licencia para dicha actividad, sin que la referencia contenida en el artículo 2.5 del Proyecto despeje totalmente las dudas (“*para la realización de los servicios no previstos en los apartados anteriores será necesario la contratación con la empresa turística que cuente con la autorización administrativa pertinente*”). Por otra parte alguna expresión, como la contenida en el artículo 2.1, que extiende sus fines a “las actividades especialmente encomendadas por sus clientes”, puede contribuir también a dificultar su deslinde.

2ª. Parece desprenderse del texto que esta actividad se reserva en exclusiva a los OPC, lo que excluiría de su ejercicio a las Agencias de Viaje, cuando el artículo 36 LT les atribuye la organización de servicios turísticos en general.

3ª. No parece congruente con sus actividades respectivas que la póliza de seguro para afianzar el normal desarrollo de la actividad de los OPC haya de cubrir, para cada bloque de responsabilidad que se especifica (artículo 3.2,b), la cuantía mínima de 200.000 euros, frente a lo establecido en el Decreto de Agencias de Viajes y Centrales de Reservas (artículo

9.2,b), que establece una cuantía mínima para cada uno de los bloques de responsabilidad de 150.253,03 euros.

4ª. No se prevé en el presente Proyecto de Decreto la posibilidad de que los OPC puedan prestar sus servicios respecto a la actividad que desarrollan, a través de la Sociedad de la Información.

IV. El ejercicio de esta actividad y el régimen sancionador.

El artículo 16 del Proyecto establece que las infracciones y sanciones que se cometan en contra de lo preceptuado en este Decreto, y demás normativa de aplicación, darán lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa que en su caso corresponda, de conformidad con lo dispuesto en la LT, por la que se establece el régimen de inspección y procedimiento en materia de disciplina turística, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

La redacción propuesta suscita las siguientes cuestiones:

1ª. La frase inicial de este artículo (“las infracciones y sanciones que se comentan en contra de lo preceptuado en este Decreto”) parece oponerse a la prohibición recogida en el artículo 129.3 LPAC; mejoraría sustancialmente la redacción y se evitaría tal sentido si se limitara el Proyecto, sencillamente, a remitir el régimen sancionador a lo previsto por la LT.

2ª. Existe un error en la redacción, puesto que se alude a las infracciones y sanciones que se cometan en contra de lo preceptuado en el Decreto, cuando debería referirse sólo a las infracciones, pues las sanciones se aplican por la comisión de éstas.

3ª. En cuanto a la conducta prevista en el artículo 15, debería citarse el artículo de la LT en que se subsume (artículo 64,a), aunque su inclusión en el Proyecto es innecesaria conforme a la primera observación.

V. El Registro de las empresas de actividades turísticas complementarias.

Expresamente el artículo 38 LT prevé que las empresas de actividades turísticas complementarias vendrán obligadas a solicitar su inscripción en la Sección Especial de Empresas y Actividades Turísticas Complementarias del Registro del mismo nombre, posponiendo al desarrollo reglamentario el procedimiento y el contenido de la inscripción. Nada se contiene a este respecto en el Proyecto, sin que tampoco tenga constancia el Consejo Jurídico que se haya desarrollado reglamentariamente las previsiones contenidas en el artículo 11 de la ley regional sobre el precitado Registro, cuyo mandato se encuentra aun pendiente de cumplimentar. Esta situación conduce, por ejemplo, a que se prevea sólo para esta actividad (artículo 8) las causas de baja en el Registro cuando algunas de ellas son comunes a cualquier actividad que desarrolla una empresa turística (las previstas en el ordenamiento jurídico para la extinción de sociedades mercantiles, la solicitud del interesado, etc.).

En otro orden de ideas debería unificarse la denominación del Registro a lo largo del articulado, pues en algunos preceptos (el 4.2) figura como Registro General de Empresas Turísticas, y en otros (por ejemplo el 8) como Registro de Empresas Turísticas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. En todo caso debería utilizarse la denominación legal (Registro de Empresas y Actividades Turísticas).

QUINTA.- Observaciones particulares al articulado.

– Exposición de Motivos.

Debe recogerse la fórmula legal que proceda, en relación con nuestro Dictamen, en el último párrafo de la Exposición de Motivos.

El tercer párrafo merece una corrección gramatical, ya que en la primera línea sobra el artículo “la” y, en la segunda, faltan sendas comas detrás de “tales” y de “b”.

– Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

Es más preciso establecer que el presente Decreto tiene por objeto, “en desarrollo del artículo 37,b) LT, la regulación de los Organizadores Profesionales de Congresos, en adelante OPC”.

Con carácter general, debe revisarse por la Consejería consultante el articulado, pues en ocasiones a las siglas OPC le precede el artículo femenino y otras el masculino, cuando el título hace referencia a los Organizadores Profesionales de Congresos.

– Artículo 2. Objeto y fines.

A la redacción propuesta se realizan las siguientes observaciones:

– Debería suprimirse parte del encabezamiento (objeto), ya recogido en el anterior.

– Resulta de gran imprecisión respecto a los límites de su actividad, conforme a lo expuesto en la Consideración anterior, la expresión “*las especialmente encomendadas por sus clientes*”, para referirse a una de sus funciones.

– La redacción de algunas tareas de los OPC (por ejemplo, la elección de locales donde vaya a celebrarse el congreso y la elección de fechas del evento) deberían redactarse de manera diferente, de manera que no parezca que la decisión la toma el organizador y no el cliente, en tanto se enmarca dentro de una relación contractual, expresión más apropiada que la de “bilateralmente” en el artículo 2, apartados 2,n) y 3,g), que debería sustituirse.

– Debería eliminarse la conjunción “y” del artículo 2.2,i).

– Artículo 3. Solicitud y documentación.

Se recomienda suprimir el término licencia en el apartado 2, específicamente previsto en el artículo 36.1 de la ley regional para las Agencias de Viaje, quedándose únicamente el de autorización acorde con el que se emplea en el Capítulo II del Proyecto.

Sobre la documentación exigida se incluye la póliza de seguro para afianzar el normal desarrollo de su actividad que garantice los posibles riesgos de su responsabilidad, especificando que será directa o subsidiaria según se utilicen medios propios o no en la prestación del servicio, y los tres bloques de responsabilidad que ha de cubrir (responsabilidad civil de la explotación del negocio, responsabilidad civil indirecta o subsidiaria, y responsabilidad por daños patrimoniales primarios), y la cuantía por cada bloque. A la vez se añade que el organizador habrá de mantener en permanente vigencia la citada póliza, y deberá justificar anualmente el pago de la misma.

Acerca de la regulación propuesta, el Consejo Jurídico considera, en primer lugar, que el Proyecto de Decreto se encuentra habilitado por la Ley regional para exigir una póliza de responsabilidad civil, pues expresamente lo prevé para los casos en que así se establezca (artículo 41.11 LT). Corolario de lo anterior es que se establezca el mantenimiento de la

citada póliza durante toda su actividad, considerándose, no obstante, impropio que deba justificarse anualmente el pago de la misma, requisito que tampoco se hay establecido en los otros Proyectos tramitados paralelamente. En cuanto a si la responsabilidad es directa o subsidiaria, es una cuestión reservada a la competencia estatal, por lo que debería también suprimirse, como sugirió el Consejo Consultivo andaluz, en su Dictamen núm. 304/2002.

– Artículo 5. Actuaciones posteriores a la concesión de la autorización.

En el apartado 2 se establece que, en el plazo de un mes, el OPC deberá presentar copia de la declaración de alta, modificación y baja en el censo de obligados tributarios, si bien bastaría con reseñar la obligación de presentar en el plazo de un mes documentación acreditativa de la declaración de alta en el censo de obligados tributarios (es innecesario describir las sucesivas fases de alta, modificación y baja censal) y de la seguridad social, pues no se ha incorporado al texto esta última sugerencia de los órganos preinformantes, pese a que se informó en tal sentido.

– Artículo 6. Comunicación y autorización de modificaciones.

En este precepto se establece que cualquier modificación de las circunstancias de los OPC –ya se ha advertido sobre el uso indiscriminado de los artículos femeninos y masculinos que le preceden a lo largo del articulado–, que afecte a los requisitos exigidos para la obtención de la autorización, deberá ser comunicada, en el plazo de un mes de haberse producido, a la Consejería competente en materia de turismo, acompañada de la documentación acreditativa. Especialmente se establece que deberá comunicarse la modificación de los estatutos sociales, designación o sustitución de representantes de la sociedad, modificación de capital social y cambio de denominación o domicilio.

Sobre la regulación propuesta, el Consejo Jurídico realiza las siguientes observaciones:

1ª. Este artículo induce a confusión acerca del deber de comunicar por parte del interesado, para su constancia registral, y la necesidad de autorización por parte de la Administración como plasmación de la potestad de intervención o policía previa al ejercicio de una actividad, cuando el artículo 10.2 LT establece claramente que “toda modificación que afecte a las condiciones en que se otorgó la autorización deberá ser autorizada por la Dirección General de Turismo”. Por ello el precepto debería adecuarse a lo establecido en la Ley regional (también en cuanto al órgano competente), modificando el artículo 6 en el siguiente sentido: “Cualquier modificación de las circunstancias de los OPC que afecte a las condiciones en que se otorgó la autorización, deberá ser comunicada en el plazo de un mes de haberse producido a la Dirección General competente en la materia, acompañada de la documentación acreditativa, para su autorización”.

2ª. El siguiente párrafo “especialmente deberá comunicarse la modificación de los estatutos sociales en sus aspectos sustantivos, designación o sustitución de representantes de la sociedad, modificación de capital y cambio de denominación o domicilio”, adolece de cierta imprecisión (aspectos sustantivos de los estatutos) y obsolescencia (deber de comunicar la modificación de capital social cuando no se exige un capital mínimo para estas empresas), por las razones que se explicitan en el Dictamen núm. 65/2007. No obstante debe mantenerse el deber de comunicar la designación o sustitución de representantes de la sociedad, y el cambio de denominación o domicilio, sin más.

– Artículo 8. Causas de baja.

Debería sustituirse del párrafo introductorio el verbo “Podrán”, pues la aplicación de las causas tasadas no depende de la voluntad de la Administración.

Respecto a las causas que se recogen, ya se ha realizado una observación a la prevista en el apartado 3 en la Consideración Cuarta, II, aconsejando que se sustituya.

Por otra parte, no se especifica la necesidad de tramitar el correspondiente procedimiento para dejar sin efecto previamente la autorización, otorgando un trámite de audiencia al interesado.

– Artículo 14. Información sobre el coste de los servicios y depósito.

En el apartado 1 se establece que los OPC deberán informar por escrito a sus clientes del coste de los servicios a prestar, con carácter previo a formalizar el contrato de arrendamiento de servicios.

A diferencia de lo que estipula el artículo 3.1 de la Ley estatal 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados, acerca de que el organizador deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado, la ley regional, aplicable a la regulación de esta actividad de OPC, no establece tal determinación (por escrito), sino la de poner a disposición del público la información relativa al régimen de servicios que se oferten en el establecimiento, las condiciones de prestación de los mismos y sus precios, así como de todas las circunstancias que les afecten en la prestación de dichos servicios (artículo 41. 1 LT). Distinto es que tal exigencia se plasme a la hora formalizar el contrato de arrendamiento de servicios, como recoge el mismo artículo.

– Disposiciones Finales.

Además de enumerarse con número ordinales femeninos cada una, siguiendo las Directrices de Técnica Normativa ya aludidas, respecto a la primera no se alcanza a comprender a qué normas puede extenderse la habilitación al titular de la Consejería cuando se hace referencia a materias de ámbito interno del departamento, puesto que se trata de la regulación de la actividad *ad extra*. Si lo que se pretende es facultar al titular de la Consejería para las materias de ámbito organizativo interno, es una habilitación innecesaria, pues se encuentra ya facultado por los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, como se ha indicado en nuestro Dictamen núm. 65/2007.

Respecto a la segunda, debería señalar que entrará en vigor a los veinte días siguientes al de su publicación (no “de su publicación”).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma ostenta competencias para aprobar el Proyecto de Decreto por el que se regulan los Organizadores Profesionales de Congresos, en desarrollo de la LT, debiendo recogerse en la Exposición de Motivos la fórmula que proceda en relación con nuestro Dictamen.

SEGUNDA.- Se consideran de carácter esencial las observaciones sobre:

- La exigencia de un depósito sobre el coste total de los servicios a prestar (Consideración Cuarta, II), y que la información previa se suministre por escrito (Consideración Quinta, Observaciones particulares al artículo 14).
- El deslinde con las competencias de las Agencias de Viajes (Consideración Cuarta, III).
- La determinación de si la responsabilidad es directa o subsidiaria corresponde a la competencia estatal (Consideración Quinta, sobre Observaciones particulares al artículo 3).
- La distinción entre comunicación y autorización de modificaciones (Consideración Quinta, sobre Observaciones particulares al artículo 6).
- Las Disposiciones Finales (Consideración Quinta).

TERCERA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 91/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la CARM.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 29/06/07

Extracto de Doctrina

La creación de universidades privadas es una manifestación de la libertad de creación de centros docentes reconocida por el artículo 27.6 de la Constitución, que no exige el dictado de norma jurídica alguna, siendo ésta precisa únicamente para su reconocimiento, que habrá de producirse por Ley de la Asamblea Regional.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada la Dirección General de Universidades y Política Científica elabora un primer borrador de Decreto por el que se regula el Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas Universitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se remite a la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura para su tramitación, acompañado de los siguientes documentos:

a) Informe-memoria, elaborada por el centro directivo impulsor del Proyecto, que sitúa la necesidad y oportunidad de su aprobación en el desarrollo del artículo 10 de la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia (LUM), precepto que crea

el Registro cuyo desarrollo ahora se pretende abordar. Se indica, además, que constituye un instrumento de información acerca de la oferta formativa y de los recursos disponibles en cada una de las Universidades de la Región.

b) Memoria económica, que hace constar la existencia de consignación presupuestaria para la implantación del Registro, prevista en dos fases, y que será gestionado de forma conjunta con un sistema de información universitaria avanzada para el que también se prevé la correspondiente dotación económica en el Proyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2007.

c) Certificado expedido por el Secretario del Consejo Interuniversitario de la Región de Murcia, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto tras su consideración por la Comisión Académica del referido órgano.

d) Propuesta de Acuerdo que formula el Consejero de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno, para aprobar como Decreto el Proyecto.

e) Propuesta del Director General de Universidades y Política Científica al Consejero de Educación y Cultura, para que se tramite y apruebe como Decreto el texto del Proyecto.

SEGUNDO.- El 4 de diciembre de 2006, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura informa favorablemente el Proyecto, con dos observaciones puntuales de corte procedimental.

TERCERO.- El 5 de diciembre, el Proyecto es informado por la Vicesecretaria de la Consejería y se remite a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

CUARTO.- Con fecha 20 de marzo de 2007, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe favorable al Proyecto, si bien formula diversas observaciones tanto de carácter formal como sustantivo.

QUINTO.- El 11 de abril de 2007, la Dirección General de Universidades y Política Científica emite informe complementario para analizar las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, introduciendo algunas modificaciones en el Proyecto, dando así lugar a un nuevo texto que, de conformidad con la diligencia que consta en el mismo, constituye el Proyecto definitivo de Decreto.

Se incorpora, asimismo al expediente un estudio económico expresivo de los costes derivados de la implantación del Registro, que ascienden a un total de 35.294 euros, distribuidos entre los ejercicios 2006 y 2007.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. dispuso la remisión del expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 25 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

(LCJ), pues se trata de un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional, la LUM.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) No consta el informe de impacto por razón de género que, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, resulta preceptivo en el procedimiento de elaboración reglamentaria, por exigencia del artículo 53.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Si bien el expediente fue remitido al Consejo Jurídico antes de la entrada en vigor de dicha exigencia –el pasado 11 de mayo–, ello no debe impedir que se emita el correspondiente informe con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

b) Carece el expediente remitido al Consejo Jurídico tanto de las observaciones formuladas al primer borrador por las Universidades públicas de la Región, como de la valoración que de ellas hicieron los redactores del Proyecto en orden a su incorporación o rechazo, contraviniendo el artículo 46.2 del Reglamento Orgánico y de funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que contiene la exigencia de acompañar la consulta de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

TERCERA.- Competencia material y habilitación legislativa.

El artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que lo desarrollen, sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

En ejercicio de esta competencia la Comunidad Autónoma dicta la LUM, cuyo artículo 10 crea un Registro de universidades, centros, estructuras y enseñanzas, adscrito a la Consejería de Educación y Cultura. De conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley, dicho instrumento persigue dotar de transparencia y seguridad jurídica al sistema universitario regional, garantizando el derecho de información de los ciudadanos. Por ello, se caracteriza el Registro como público y meramente informativo, siguiendo el modelo diseñado por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU).

El régimen fijado por la referida Ley Orgánica ha sufrido una alteración con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de modificación de la LOU (LO 4/2007), en la medida en que ha deslegalizado buena parte de la regulación del Registro. En efecto, la versión original de la Disposición Adicional vigésima de la LOU establecía los siguientes extremos: a) el carácter público y meramente informativo del Registro; b) su denominación (Registro Nacional de Universidades, Centros y Enseñanzas);

c) el carácter de requisito necesario que reviste la inscripción en él para la inclusión de los títulos que expidan las Universidades en el Registro Nacional de Títulos Universitarios Oficiales; d) la obligación de las Comunidades Autónomas de comunicar al Registro Nacional los datos a que éste se refiere; y e) la regulación con mayor detalle de los datos referentes a las Universidades privadas.

La redacción vigente de la referida Disposición Adicional se limita a establecer que en el Ministerio de Educación y Ciencia existirá el Registro de Universidades, Centros y Títulos, que tendrá carácter público y en él se inscribirán, además de las universidades y centros, los títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional. Podrán inscribirse también otros títulos a efectos informativos que expidan las Universidades -en el mismo sentido se expresa el nuevo artículo 34 LOU-. El texto termina con una habilitación reglamentaria expresa a favor del Gobierno, para desarrollar el régimen, organización y funcionamiento del Registro.

La ausencia de justificación o explicación de la reforma en la parte expositiva de la LO 4/2007, dificulta en la actualidad y en tanto el Gobierno de la Nación no haga uso de la habilitación reglamentaria conferida, la comprensión del calado o alcance sustantivo de la modificación efectuada. En cualquier caso, la nueva redacción dada a la Disposición Adicional vigésima LOU no parece ser incompatible con la regulación contenida en el artículo 10 LUM, por lo que éste ha de considerarse plenamente vigente.

Del mismo modo, continúa vigente el Real Decreto 1282/2002, de 5 de diciembre, por el que se regula el Registro Nacional de Universidades, Centros y Enseñanzas. Este reglamento divide el Registro en cuatro Secciones: a) Universidades; b) Centros y estructuras; c) Enseñanzas; y d) Enseñanzas declaradas equivalentes a las universitarias. Además, regula los datos que han de ser comunicados al Registro y quién viene obligado a hacerlo.

Este Real Decreto no tiene carácter básico, a excepción de la estructura en Secciones contenida en el artículo 1.2, en la medida en que fue establecida por el Real Decreto 1272/2003, de 10 de octubre, que regula las condiciones para la declaración de equivalencia de títulos españoles de enseñanza superior universitaria o no universitaria a los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, norma expresamente declarada básica por su Disposición Final segunda.

En este contexto ha de ubicarse la llamada al ejercicio de la potestad reglamentaria que efectúa la Disposición Final primera LUM, para cuyo ejercicio la Comunidad Autónoma cuenta con competencia material suficiente, correspondiendo al Consejo de Gobierno la facultad de aprobar el Proyecto como Decreto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32.1 EARM y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004.

CUARTA.- Observaciones de carácter general.

1. La modificación de la LOU y su incidencia sobre el Proyecto.

Si bien la modificación operada en la LOU por la Ley Orgánica 4/2007 no parece afectar a la regulación que el artículo 10 LUM efectúa del Registro objeto del Proyecto, sí que incide sobre las referencias que a la legislación básica estatal se contienen en aquél. En especial, el segundo párrafo de su parte expositiva que sintetiza el contenido de la Disposición Adicional vigésima LOU conforme a la redacción vigente en el momento en que se redactó el Proyecto pero que hoy ya ha sido modificada.

La misma reforma del régimen legal básico de la Universidad española afecta al artículo 34 LOU, citado en el último párrafo de la parte expositiva, que ya no establece de forma expresa, como afirma el Proyecto y como indicaba la redacción anterior a la LO 4/2007, que los títulos propios de las Universidades carezcan de los efectos que las disposiciones legales otorgan a los títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional.

2. La información sobre los títulos propios de las Universidades.

a) Como ya se dijo, la Exposición de Motivos de la LUM justifica la creación del Registro de Universidades, entre otras razones, en la necesidad de contar con un instrumento que garantice el derecho de información de los ciudadanos. De forma coherente con esta finalidad, y para conseguir que *“los ciudadanos tengan un conocimiento completo de la oferta formativa en Educación Superior que ofrece la Región de Murcia”* (parte expositiva del Proyecto), se prevé la inclusión en el indicado Registro de los títulos propios de las Universidades, los cuales, si bien carecen de los efectos de los títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional, complementan la oferta de éstos, con formación complementaria en campos determinados, por lo que, se afirma, es *“útil para los ciudadanos conocer su existencia a la hora de formar su currículum formativo”*.

Nada hay que objetar a dicho planteamiento, si bien, la plasmación normativa en la parte dispositiva del Proyecto no se ajusta a la finalidad anunciada. En efecto, mal se aviene con el objetivo de ofrecer una información completa de la oferta formativa de Educación Superior, el exigir que únicamente consten en el Registro los títulos propios de Master propio y Especialista Universitario, y no todos los títulos ofrecidos por las Universidades. Al margen de la variedad en la denominación y características de los títulos no oficiales, que varían de una Universidad a otra, parece olvidarse que en las Universidades murcianas se ofrecen títulos propios de grado (en la Universidad Católica “San Antonio” de Murcia se imparten dos estudios de primer ciclo conducentes a la obtención de los títulos de Diploma Superior en Gestión y Administración Inmobiliaria y en Criminología) y de especialización profesional (así en la Universidad Politécnica de Cartagena se imparte el título de especialista profesional en discapacidad física, psíquica, sensorial y tercera edad), que quedarían fuera del Registro de mantenerse la actual redacción del artículo 4.1, letra g); 4.2, letra i); y artículo 6.

Deben modificarse, en consecuencia, tales preceptos, en orden a cumplir la finalidad que inspira la creación del Registro.

b) El artículo 36.2, letra b) LOU habilita al Gobierno para regular las condiciones para la declaración de equivalencia de títulos españoles de enseñanza superior universitaria o no a los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. En ejercicio de dicha habilitación se dicta el RD 1272/2003, cuyo artículo 1.3 posibilita, si bien de forma excepcional, la equivalencia de títulos propios de las Universidades a títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional. De hecho, el Real Decreto 224/2006, de 25 de febrero, declara la equivalencia del título propio de graduado superior en Ingeniería de Sistemas de Defensa, expedido por la Universidad Politécnica de Cartagena, al título universitario oficial, de sólo segundo ciclo, de Ingeniero de Sistemas de Defensa.

Dada la nula participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento de declaración de equivalencia y atendida la competencia para efectuar dicha declaración, reservada al Consejo de Ministros, no parece necesario constituir una sección *ad hoc* en el Registro regional, al modo de la añadida en el nacional por el RD 1272/2003.

No obstante, sí que será acorde con la declarada finalidad de obtener la información más completa acerca de la oferta formativa superior existente en la Comunidad Autónoma, hacer constar en el Registro la equivalencia de las enseñanzas. A tal efecto, bastaría con añadir en el artículo 6.2 del Proyecto una referencia a tal extremo, indicando la equivalencia del título propio, en el caso de que la tuviera.

3. Cita de normas.

Al citar otras normas (artículos 8 y 9.2 del Proyecto) no es preciso especificar las modificaciones habidas en ellas, bastando con la denominación oficial de la norma, pues se sobreentiende que la cita se refiere a la versión vigente de la norma en cuestión, que ya integra las diferentes reformas habidas.

QUINTA.- Observaciones particulares al texto y a la parte expositiva.

– Artículo 4. Sección primera: Universidades.

a) En el apartado 1, dedicado a las Universidades públicas, se recogen únicamente los datos que deben constar en el asiento de alta. Quizás fuera conveniente utilizar una fórmula más genérica, referida no meramente a la inscripción inicial en el Registro, sino que también abarcara los asientos complementarios o de modificación, al modo del resto de secciones.

b) De conformidad con los artículos 4 y 5 LOU y 14.1 LUM, a diferencia de las universidades públicas, la creación de universidades privadas es una manifestación de la libertad de creación de centros docentes reconocida por el artículo 27.6 de la Constitución, que no exige el dictado de norma jurídica alguna, siendo ésta precisa únicamente para su reconocimiento, que habrá de producirse por Ley de la Asamblea Regional.

Por ello, no es acorde con dicha regulación legal exigir que en el registro conste la “*norma por la que se creó*” (apartado 2.1, letra c) la correspondiente universidad privada, en la medida en que parte de considerar necesaria una norma jurídica para su creación. Sería más adecuado recoger en el Registro el dato de su fecha de creación y ley de reconocimiento.

c) Del mismo modo, tampoco las Universidades de la Iglesia Católica exigen una norma jurídica específica de creación, sino que como ya se indicó en nuestro Dictamen 151/2004, serán erigidas libremente por decisión eclesiástica, sin perjuicio de la necesidad de condicionar tanto el inicio como el ejercicio de su actividad a determinados trámites administrativos que persiguen garantizar una cierta homogeneidad del Sistema Universitario regional. De esa necesidad de acomodo a la normativa educativa no cabe deducir la exigencia de una previa norma de creación, ni tan siquiera un acto de reconocimiento, al modo de las universidades privadas, pues tanto la Disposición Adicional cuarta, apartado 2 de la LOU como la Disposición Adicional primera de la LUM son categóricas al establecer que las Universidades establecidas por la Iglesia Católica con posterioridad a los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, se ajustarán al régimen establecido por dichas Leyes para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento.

En consecuencia, no puede exigirse que, en referencia a las Universidades establecidas por la Iglesia Católica, conste en el registro el dato de “*la norma específica de creación y, en su caso, de reconocimiento*”, ya que ninguna de tales normas son exigibles para la creación de estas universidades. Cosa distinta sería que se hiciera constar el acto eclesiástico

que plasma la decisión de erigir la universidad, verdadero acto de creación, o los Decretos regionales por los que se autoriza bien el inicio de actividades, bien la implantación de enseñanzas (artículos 14.3 y 17.1 LUM). Pero en el caso de estos últimos, no deben confundirse con una eventual norma (realmente son actos administrativos) de creación o de reconocimiento de la Universidad, cuya existencia como tal no depende de ellos, que únicamente resultan necesarios para el inicio de su actividad.

d) El apartado 2, letra h) debería prever no sólo la existencia de centros privados integrados en la Universidad privada, sino también la de centros adscritos a ella, dado que esta posibilidad es admitida tras la reforma del artículo 11 LOU operada por la tantas veces citada LO 4/2007.

– Artículo 5. Sección segunda: centros y estructuras.

a) En el apartado 5.1 debería exigirse que consten todos los Institutos Universitarios de Investigación, tanto los propios de cada Universidad como los que tenga adscritos e, incluso, aquellos en los que participe bajo la forma de Institutos Mixtos de Investigación, figura establecida por el artículo 10.2 LOU, en la redacción dada al mismo por LO 4/2007.

b) El apartado 5.2 se destina a regular los datos que han de figurar en el registro relativo a los consorcios que puedan crearse. En la LUM (artículo 16) como en la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (artículo 9), el consorcio se configura como forma de personificación jurídica de la colaboración interadministrativa, instrumentada a través de los correspondientes convenios. Así, el artículo 9 de la Ley 7/2004 (al igual que el 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), prevé la figura del consorcio desde la perspectiva de su carácter necesario en orden a gestionar el convenio.

En consecuencia, de conformidad con el régimen legal expuesto, los consorcios en general, y los previstos en la legislación universitaria regional no son una excepción, constituyen instrumentos para canalizar la colaboración formalizada en un determinado convenio, a cuya previa existencia se encuentran ligados. Por ello, el registro debería consignar el convenio de colaboración para cuya gestión se crea dicho órgano.

c) En el apartado 5.2.2, debe adecuarse la denominación “enseñanzas especiales” a la legal de “enseñanzas de régimen especial” (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y 9.4, letra c) LUM).

d) El apartado 5.2.4 restringe los centros autorizados para impartir enseñanzas universitarias con arreglo a sistemas educativos extranjeros a aquellos que sean privados y españoles, estableciendo una limitación que no consta en el artículo 23 LUM, que alude de forma genérica a “centros que impartan enseñanzas con arreglo a sistemas educativos extranjeros”.

De hecho, el artículo 86.1 LOU, al disponer que “el establecimiento en España de centros que, bajo cualquier modalidad, impartan las enseñanzas...” parece admitir la posibilidad de que el desarrollo de tales enseñanzas se lleve a efecto por un centro extranjero.

En consecuencia, el apartado objeto de consideración debe adecuar su redacción a los artículos 23 LUM y 86.1 LOU. La observación se hace extensiva al artículo 6.2 del Proyecto.

e) En el apartado 5.2.4 debe consignarse en plural el sustantivo “sistema” para concordar su número con los adjetivos “educativos extranjeros”.

– Artículo 7. Obligación de comunicar datos al Registro de Universidades, Centros, Estructuras y Enseñanzas de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

a) Lo que las Universidades deben comunicar al Registro no son las inscripciones, como señala el apartado 1, sino los datos que, debiendo constar en el Registro, darán lugar a las correspondientes inscripciones, y que serán realizadas por la unidad gestora de aquél, que será la que decida el tipo de inscripción (de alta, baja, modificación o complementaria) procedente en cada caso.

Esta consideración ha de hacerse extensiva a la Disposición Adicional primera, en la medida en que establece la obligación de las Universidades de comunicar las inscripciones de alta.

b) La denominación del Registro debe homogeneizarse, utilizando siempre las iniciales mayúsculas, al modo del epígrafe del artículo objeto de comentario, práctica que no sigue su apartado 1, ni la Disposición Adicional primera, por ejemplo.

– Artículo 10. Procedimiento informático y verificación de datos.

Debe incluirse la preposición “de” entre los términos “Registro” y “Universidades”.

– Artículo 11. Sistema de Información Universitaria.

El artículo debería estructurarse internamente en tres apartados, coincidentes con cada una de las tres oraciones en que se divide el texto, pues aunque en su conjunto forman una misma unidad temática, cada una de ellas contiene una regla, mandato o norma diferenciada del resto.

– Disposición Adicional segunda.

No parece necesario disponer de manera expresa que el Registro habrá de adaptarse a lo que disponga la normativa básica (carácter que corresponde a las normas citadas en el precepto, por así disponerlo expresamente sendas disposiciones finales en ellas contenidas) en materia de títulos académicos o de desarrollo y aplicación del Espacio Europeo de Enseñanza Superior, toda vez que dicha adecuación derivará de la fuerza de obligar de tales normas. Y ésta no dependerá de la previsión contenida en el futuro Decreto regional, sino del sistema de relaciones entre los ordenamientos jurídicos comunitario, estatal y regional, cuya determinación y establecimiento resultan ajenos no ya a la potestad reglamentaria ejercida en el presente Proyecto, sino a la competencia autonómica.

Procede en consecuencia suprimir la Disposición Adicional segunda del Proyecto.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de advertir la ausencia de un trámite preceptivo que ha sido omitido y que deberá de incorporarse al expediente: el informe de impacto por razón de género, conforme se indica en la Consideración Segunda de este Dictamen.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las siguientes consideraciones:

a) La necesaria adecuación de la parte expositiva al derecho vigente, conforme se indica en la Consideración Cuarta, apartado 1.

b) Las relativas a la indebida exigencia contenida en el artículo 4.2.1 y 4.2.2, de constancia en el Registro de una eventual “norma de creación” relativa a las universidades privadas, y a la “norma jurídica de creación y, en su caso, de reconocimiento” referida a las establecidas por la Iglesia Católica, de conformidad con lo indicado en la Consideración Quinta.

c) Las que afectan al artículo 5.2.4 y 6.2, en la medida en que pretenden establecer una limitación no contemplada por la Ley en relación a la caracterización de los centros que impartan enseñanzas universitarias conforme a sistemas educativos extranjeros, según se indica en la Consideración Quinta.

d) La supresión de la Disposición Adicional segunda.

CUARTA.- El resto de consideraciones, de incorporarse al texto del proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el resto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 92/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. M. G. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 29/06/07

Extracto de Doctrina

El Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocido en la legislación sobre función pública.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio de 25 de abril de 2006 del Jefe de Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Educación y Cultura, se remitió escrito de 11 de abril de 2006 en el que D. A. M. G. R., Jefa de Estudios Adjunta del IES “Monte Miravete” de Torreagüera, le exponía lo siguiente:

“Que el jueves 27 de octubre, sobre las veintidós horas, me encontraba en la reunión del Consejo Escolar del IES “Monte Miravete” cuando se oyó un gran estruendo. A la salida me encontré que la luna térmica trasera de mi vehículo estaba rota, a pesar de que éste se encontraba en el aparcamiento, dentro del recinto del IES, que tenía las puertas cerradas. En el interior había una piedra de grandes dimensiones (...).

El lunes 31 y días sucesivos investigué para encontrar al causante o causantes de hecho, con resultados negativos.

También he de decir que puse la oportuna denuncia ante la Guardia Civil de Torreagüera”.

La Sra. G. R. solicita *“que me sea abonado el importe de la luna térmica, ya que el coche estaba dentro de un recinto escolar, yo reunida en Consejo Escolar como representante del profesorado, y además, por tener el convencimiento de que este hecho se produjo por ser Jefe de Estudios Adjunta del Instituto”.*

SEGUNDO.- Consta en el expediente copia del atestado policial de la Comandancia de la Guardia Civil de Murcia, en Torreagüera, de fecha 2 de noviembre de 2005, en el cual la interesada denuncia: *“Que el pasado día 25 de octubre de 2005, sobre las 11’20 horas, se encontraba en el instituto con los alumnos J. P. C. M., D. A. M., C. R. L. y J. F. M. C. (K.), a los que se les iba hacer entrega del expediente de expulsión. Que dado el comportamiento jocoso que en el momento tenían y (a) las voces que estaba profiriendo, tuvo que intervenir para poner orden, y al menor J. P. C. M., de 13 años, le dijo a él principalmente que hiciera el favor de comportarse bien, puesto que si no el director le iba a poner más días de expulsión, contestándole J. P., vosotros me expulsaréis y yo volveré peor, haciendo este comentario tres veces, hasta que la manifestante le dijo pues vas a terminar en un reformatorio, a lo que contestó YO DEL REFORMATARIO SALDRÉ TU DEL CEMENTERIO NO. Delante había un profesor compañero llamado F. V. (profesor de inglés). Que J. P. es alumno de la ESO, curso 1º E, y al comenzar el curso se dirigió a la dicente cuando pasó por su lado diciendo, A ESTE INSTITUTO LE VOY A PEGAR FUEGO. Que el pasado día jueves 27 de octubre del 2005, estando reunido el Consejo Escolar, sobre las 21’30 horas escucharon un fuerte ruido proveniente del exterior del edificio. Al salir de la reunión pudo comprobar que a su vehículo OPEL modelo ASTRA, color BLANCO, matrícula X, de su propiedad, le habían destrozado con una piedra de grandes dimensiones la luneta trasera, pudiendo de esta forma comprobar que el ruido escuchado había sido consecuencia de los daños en su vehículo. A las presentes diligencias adjunta fotocopia de la factura de la reparación de la luneta térmica, ascendiendo a un importe de 304,14 euros sin impuestos. Que el director del instituto, al salir de la reunión, se dió una vuelta por los alrededores, pudiendo ver que se encontraban juntos J. P., D. y K., estando próximos al IES”.* Consta también el acta de información de derechos al perjudicado u ofendido, expedida por el guardia civil que instruye, así como una *“hoja de pre y post inspección, orden de trabajo/o resguardo de depósito”* extendido por *“G. e.”*, en la que se cuantifica la luna térmica en 304,14 euros, sin incluir impuestos.

TERCERO.- Obran asimismo en el expediente sendos oficios de fecha 28 de octubre de 2005 en los que el Director del citado Instituto se dirige a los padres de los alumnos D. A. M. y J. P. C. M., en los que expresa lo siguiente:

“Les comunico que en la noche de 27 de octubre de 2005, jueves, se produjeron unos graves incidentes. Primeramente en el aparcamiento interior del Instituto, en donde varios coches sufrieron importantes daños consecuencia del impacto de piedras de gran tamaño (rotura de lunetas, abolladuras, roces, etcétera). Una vez detectados los daños y al salir del centro, tanto el Secretario como el Director del Instituto, se encontraron a un grupo de alumnos entre los que se encontraba su hijo. Al acercarse e intentar recriminarle la conducta vandálica que había realizado, no había nadie más en los alrededores, reaccionaron con insultos graves y con amenazas contra la integridad física del Director.

Ante estos hechos, y dada la gravedad de los mismos, les convoco a que se presenten en el Instituto con la mayor inmediatez para exponerles el procedimiento que se ha seguido”.

CUARTO.- También se ha incorporado al expediente un informe de 22 de marzo de 2006 del Director del Instituto, en el que se refiere a los daños causados a su propio vehículo el mismo día en que se produjeron los daños a la reclamante, el 27 de octubre de 2005, y las amenazas e insultos que recibió aquél de varios alumnos del Instituto que estaban unas calles más allá de sus instalaciones.

A este respecto, señala que:

“Ante la gravedad de los hechos, especialmente las amenazas, insultos e injurias al director del IES, se comunicó a las familias de los alumnos que se presentaron en el instituto para informales de las medidas que se iban a adoptar. Se abrió un expediente disciplinario, nombrándose un profesor-instructor que se ocupara del mismo. A la par se adoptaron medidas cautelares, suspendiendo provisionalmente por un período de seis días lectivos su asistencia al centro a dos de los cuatro alumnos involucrados. Todo ello de acuerdo con lo previsto y tipificado en el artículo 52 del Decreto nº 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares (BORM de 2 de noviembre de 2005). Posteriormente, a los alumnos D. A. M. y J. P. C. M. se les suspendió del derecho de asistencia al centro durante treinta días lectivos, tal y como propuso el profesor-instructor del caso.

Se deduce, de lo anteriormente expuesto, que no hubo cargos contra los alumnos por los daños ocasionados en el coche, puesto que no se disponían de pruebas palpables o evidentes de su participación en los hechos. Las medidas adoptadas lo fueron, básicamente, en razón de una actuación grave de indisciplina, injuria y ofensa contra el Director del Instituto”

A dicho informe se adjunta otro en que el Secretario del Instituto manifiesta haber sido testigo de que, el 27 de octubre de 2005, el vehículo del Director y de otros profesores, aparcados en el interior del centro, fueron apedreados, así como de las amenazas e insultos al Director por los alumnos citados.

QUINTO.- Solicitado informe al Director del Instituto, es emitido con fecha 10 de mayo, en el que manifiesta lo siguiente:

“Que en el día de los hechos, 27 de octubre de 2005, se convocó un Consejo Escolar a las 20 horas, a celebrar en las instalaciones del Centro. Que se desarrolló con entera

normalidad hasta las 22,30 aproximadamente. Que en el momento de salir al aparcamiento, que se encuentra en el interior del recinto escolar, varios consejeros comprobaron que algunos coches aparcados en el mismo habían sido objeto de desperfectos, consecuencia de un acto vandálico, por el que diferentes impactos de piedras y cascotes, de restos de losas de un escombro cercano, fueron arrojados sobre los vehículos. Uno de estos vehículos, un Opel Astra de color blanco, propiedad de la Jefa de Estudios Adjunta, D. A. M. G. R., que asistía como consejera y representante del profesorado, presentaba daños importantes por la rotura de la luneta térmica trasera, en cuyo interior se encontraba una piedra de grandes dimensiones. Informar que en el entorno próximo del Centro, no había rastro ni presencia de alumnos o personas ajenas al centro”.

SEXTO.- Requerido al Parque Móvil Regional un informe acerca de la verosimilitud de la relación causa-efecto entre los daños y los objetos que se dicen arrojados, así como de los conceptos y cuantías objeto de reclamación, es emitido con fecha 20 de junio de 2006, en el que el Jefe de Taller del mencionado organismo señala que la cantidad reclamada por los conceptos que se detallan en la *“hoja de pre y post inspección, orden de trabajo/resguardo de depósito”*, se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de estos conceptos.

SÉPTIMO.- Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, con fecha 23 de junio de 2006 envía un fax manifestando su conformidad con el expediente de responsabilidad patrimonial incoado.

OCTAVO.- Con fecha 10 de octubre de 2006 se dicta Resolución por la que se procede al cambio de instructora, notificándose a la interesada con fecha 18 de octubre siguiente.

NOVENO.- El 13 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, en síntesis, por considerar que las sospechas de la autoría de los daños recaen sobre los alumnos denunciados y que *“a la Administración le incumbe responder por el patrimonio de los servidores públicos en tanto que éstos no tengan el deber jurídico de soportar el daño, en tanto le corresponde la guarda y custodia de los alumnos; efectivamente, si bien se puede objetar que no se produjo el suceso en horas lectivas para éstos, en tanto que los padres de los alumnos no respondan directamente del daño debe hacerlo en su lugar, subsidiariamente, la Administración.*

En el presente supuesto, apreciamos la vis atractiva de los elementos docentes que concurren en el caso, tanto porque la Jefa de Estudios realizaba una función pública en particular, porque los autores presumiblemente eran alumnos y porque la acción de éstos fue presumiblemente una reacción vengativa gestada como consecuencia de la actividad docente del Centro, produciéndose también consecuencias posteriores probadas (expediente disciplinario incoado a éstos por insultos y amenazas con resultado de suspensión de asistencia) que se desarrollaron en el mismo contexto educativo”.

DÉCIMO.- El 20 de noviembre de 2006 tiene entrada en este Consejo Jurídico un escrito del Consejero de Educación y Cultura solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

UNDÉCIMO.- En el Dictamen 29/2007, de 5 de marzo de 2007, este Consejo Jurídico informó otra reclamación de la misma profesora por daños ocasionados a su vehículo, estacionado en el recinto del centro, los días 29 y 31 de marzo y 6 y 7 de abril de 2006, por alumnos del citado Instituto, en horario lectivo. En dicho Dictamen se recoge que, tras este

nuevo incidente, el centro decidió cerrar con valla metálica el lugar de aparcamiento de los vehículos dentro del citado recinto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento calificado por la Consejería consultante como de responsabilidad patrimonial, siendo de aplicación, por tal motivo, lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá sobre la naturaleza jurídica de la prestación indemnizatoria objeto de Dictamen.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que se ha cumplido con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (LPAC).

TERCERA.- Sobre la naturaleza jurídica de la pretensión indemnizatoria objeto de Dictamen. Improcedencia de reconocer indemnización a la interesada a título de responsabilidad patrimonial administrativa ex artículos 139 y siguientes LPAC. Resarcimiento como indemnización por razón de servicio.

I. Según se desprende del escrito inicial de la interesada que promueve el presente procedimiento, ésta pretende que, en su calidad de profesora (Jefe de Estudios adjunta) del centro público docente donde presta sus servicios, la Administración regional le indemnice los daños sufridos por su vehículo, al serle arrojada una piedra de grandes dimensiones cuando estaba estacionado en el recinto del citado centro, por imputar su autoría a alumnos del mismo, acción que considera motivada por su condición de profesora. La reclamante no califica jurídicamente su pretensión resarcitoria, ni invoca precepto legal alguno, por lo que corresponde al instructor del procedimiento, a la vista de los hechos en que se funda aquélla, realizar en un momento inicial, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, la oportuna calificación jurídica, habiéndose decidido por calificar dicha pretensión como reclamación de responsabilidad patrimonial fundada en los artículos 139 y siguientes LPAC. Sin embargo, y como se razonará seguidamente, no procede reconocer indemnización a la interesada en concepto de responsabilidad patrimonial administrativa fundada en los referidos preceptos, sino a título de indemnización por razón del servicio y con fundamento en el principio general de indemnidad de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones públicas.

En el Dictamen 29/2007, de 7 de marzo, este Consejo Jurídico tuvo ocasión de informar otra reclamación de la misma interesada, por daños causados a su vehículo cuando estaba aparcado en el recinto del mismo centro escolar, causados los días 29 y 31 de marzo y 6 y 7 de abril de 2006, llegando a la conclusión de la procedencia de estimar la reclamación a título de responsabilidad patrimonial administrativa en cuanto que, partiendo de la convicción de que los autores de tales daños eran alumnos del centro, los hechos se habían producido en horario lectivo escolar, es decir, cuando la Administración tenía el deber

de vigilancia sobre las actividades de los alumnos dentro de tal recinto, que es cuando y donde alcanzan sus potestades de policía y represión disciplinaria a este respecto. Para sostener tales consideraciones, citamos entonces los Dictámenes 2411/2000, del Consejo de Estado, y 397/2000, del Consejo Consultivo Valenciano, oponiendo como caso contrario al tratado en dicho Dictamen 29/2007, el abordado en el 99/2006, en el que se trataba de un suceso ocurrido fuera del horario escolar, lo que justificó la conclusión desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, reforzado ello por el hecho de no considerar acreditado en aquel momento que los autores fueran alumnos del centro, si bien sin prejuzgar la procedencia o no del resarcimiento con fundamento en otro título jurídico distinto. Similares consideraciones fueron sostenidas en nuestro Dictamen 145/2006, de 13 de septiembre, en el que, partiendo de la incierta autoría de los daños al vehículo de una ordenanza que prestaba sus servicios en otro centro escolar, se consideró improcedente la indemnización a título de responsabilidad patrimonial administrativa (en su sentido más estricto), añadiendo, no obstante, que debía incoarse un procedimiento específico para determinar la procedencia de resarcir los daños a título de indemnización por razón del servicio (la interesada había solicitado específicamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración regional).

Sobre esta última cuestión, en el último citado Dictamen 145/2006 señalábamos lo siguiente:

“Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocido en la legislación sobre función pública. Así, el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72, b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

No obstante la ausencia de norma reglamentaria específica que contemple estos supuestos de daños sufridos por los funcionarios con ocasión del desempeño de sus servicios, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que el indicado principio de indemnidad, deducido, ya del indicado artículo 23.4 de la citada Ley básica (Dictamen 11 de octubre de 2000, ref. 2409/00), ya del artículo 63 de la Ley de Funcionarios Civiles del estado (Dictamen de 18 de septiembre de 2003, ref. 2767/03), proyecta sus efectos más allá de los supuestos previstos reglamentariamente. En el mismo sentido, su Dictamen de 23 de mayo de 1991, ref.522/91, expresa que dicho principio de indemnidad tiene “vocación generalizadora que excluye interpretaciones contrarias a la virtualidad de un principio general”.

Por su parte, la STSJ de Valencia de 6 de junio de 2000 acoge el parecer de dicho Órgano Consultivo contenido en su Dictamen nº 50.753 en el sentido de que “el artículo 23.4

(se refiere al citado anteriormente de la Ley 30/1984) contiene un principio directamente aplicable (...) sin necesidad de intermediación reglamentaria”.

Ello no significa que no existan límites a la aplicación de tal principio, pues el mismo Órgano Consultivo exige que los daños sufridos se “conecten objetivamente” con la prestación del servicio o función pública ejercida por el funcionario reclamante (Dictamen de 30 de mayo de 1996, ref. 538/96), o que exista una “relación directa” entre los perjuicios alegados y las funciones y consiguiente prestación del servicio por el funcionario (Dictamen de 29 de enero de 1998, ref. 6114/97) y, en todo caso, tener que atenerse a las circunstancias específicas del caso, como en el citado Dictamen de 11 de octubre de 2000, en el que manifiesta que “el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública sanciona que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio, cuyos supuestos de aplicación, al no aparecer agotados en las normas dictadas, pueden justificarse cumplidamente. Tal ocurre en el supuesto presente, dadas las circunstancias en él concurrentes, explicadas por el Director del Centro y que hay que ponderar también en relación con la índole de este Centro especial” (se trataba de la rotura de unas gafas de una cuidadora por parte de un alumno de un Colegio de Educación Especial). Dicha atención al supuesto concreto, en el trance de aplicar un principio general extraído de las formulaciones legales genéricas que se contienen en las citadas normas sobre función pública, persigue procurar una solución equitativa y, asimismo, evitar el abuso en la aplicación del principio, lo que llevaría a su desnaturalización”.

Además, en todos los casos abordados en los citados Dictámenes de este Consejo Jurídico, se consideraba, como sostiene la propuesta de resolución ahora dictaminada, que el mero estacionamiento o depósito de los vehículos del personal al servicio del centro, dentro del recinto escolar, no suponía sin más el deber de la Administración de indemnizar los daños que allí se les produjeran.

II. Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, ha de concluirse en la improcedencia de reconocer indemnización a título de responsabilidad patrimonial, ex artículos 139 y siguientes LPAC, pues la vigilancia sobre los alumnos no puede alcanzar a su actuación fuera del horario lectivo, como es el caso, si bien tales daños son indemnizables en razón del mencionado principio de indemnidad, en cuanto puede afirmarse que los mismos se conectan objetivamente y tienen relación directa con el desempeño de la función pública de la perjudicada, pues ha de llegarse a la presunción, a la vista de todos los Antecedentes reseñados en este Dictamen, de que los autores de los daños fueron alumnos del centro, causados a la interesada por razón de su condición de profesora del Instituto. A ello no obsta que, en los expedientes disciplinarios que se incoaron a diversos alumnos, no se les impusiera sanción fundada en tales daños, si en el presente procedimiento se llega a la razonable convicción, deducida de los referidos Antecedentes, de la realidad de tal autoría.

III. En consecuencia, procede estimar la pretensión resarcitoria a título de indemnización por razón del servicio, debiendo incluir en la cuantía indemnizatoria los impuestos que gravan el importe de la reparación de los daños en cuestión, así como la actualización del importe total con arreglo a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dictaminar desfavorablemente la propuesta de resolución objeto de Dictamen, al no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por la reclamante, por lo que no puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- No obstante lo anterior, procede el resarcimiento de los daños a título de indemnización por razón del servicio a la funcionaria reclamante, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 93/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. F. V. B., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 29/06/07

Extracto de Doctrina

En nuestro Dictamen 40/2005, expresamos que “conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal. La presencia incontrolada de animales en la calzada –dice el alto Órgano Consultivo– no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 4 de octubre de 2005 se presenta en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes una reclamación por parte de D. J. F. V. B., en la que solicita indemnización como consecuencia de los daños sufridos el 30 de septiembre de 2005 en su vehículo matrícula X, al cruzarse un zorro en su trayectoria cuando circulaba por la Autovía del Noroeste, p.k. 6’5. Acompaña a su instancia fotocopia del atestado levantado por la Guardia Civil de Tráfico y varias fotografías del animal muerto en la autovía y del vehículo dañado.

SEGUNDO.- Con fecha de 4 de noviembre de 2005, el reclamante presenta fotocopia de la factura de reparación, a nombre de D. F. V. F., por importe de 1.603'64 euros, certificado bancario con su número de cuenta, copia del permiso de circulación, en el que figuran como propietario el citado señor “y otro”, y una fotocopia del DNI de éste.

TERCERO.- Con fecha 9 de febrero de 2006 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, así como la remisión de las Diligencias practicadas por la Guardia Civil, y su informe sobre los hechos. Asimismo, se requiere del reclamante la mejora de su reclamación, e informe del Parque de Maquinaria sobre la valoración del vehículo y los daños producidos en el mismo.

CUARTO.- Con fecha de 23 de febrero de 2006 el reclamante presenta documentación de mejora de la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 27 de febrero de 2006 se reciben las Diligencias practicadas por la Guardia Civil, en las que se hace constar que el accidente se ha producido como consecuencia de la irrupción en la vía de un “perro” (f. 52 exp.).

SEXTO.- El 20 de febrero de 2006 la empresa concesionaria de la gestión de la autovía emite informe en el que expresa lo siguiente:

“A las 1 hora 49 minutos del día 1 de octubre se recibe en sala de control aviso de la Guardia Civil de Tráfico comunicando el atropello de un animal aproximadamente en el p.k. 6 de la autovía. Trasladado el aviso al operario que efectúa la vigilancia nocturna, éste se persona a las 2 horas 7 minutos comprobando la existencia de un zorro muerto en la calzada, sin encontrarse en dicho lugar vehículo alguno. Siguiendo el procedimiento habitual se limpió la zona, enterrando posteriormente al animal. (...) De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado no se deduce actuación negligente del mismo o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho totalmente fortuito. (...) En carreteras de estas características (autovías) se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma introduciéndose por cualquiera de los accesos, abiertos, por los que entran y salen los vehículos. De hecho, en el punto del atropello existe un acceso próximo: p.k. 5.1: salida 4. Planta Residuos Urbanos. Al estar situada en las inmediaciones la citada planta de basuras, la misma supone un foco de atracción para éste y otros tipos de animales, que en un momento dado pueden invadir la zona de circulación de vehículos ocasionando incidentes como el que se describe. Si bien deben considerarse como hechos puntuales, a lo largo de los 62 kms de la autovía se han producido otras colisiones con animales, fundamentalmente domésticos, coincidiendo principalmente con los puntos de entrada y salida de los vehículos a la misma, siendo éste un hecho común a este tipo de vías, como se ha mencionado anteriormente. (...) El estado del vallado de la autovía es objeto de una revisión periódica por parte del personal de vigilancia de esta concesionaria. En este tipo de atropellos, y como norma general, el personal que atiende o detecta el incidente procede a efectuar una revisión exhaustiva del vallado en la zona en la que se ha producido el atropello. En el caso que nos ocupa, no hay constancia de que se detectaran desperfectos en la zona en cuestión durante la inspección efectuada. De la existencia de vallado lateral no se deriva necesariamente una relación de causalidad entre el servicio público y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación o traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales.”

Según lo anteriormente expuesto, no debe imputarse a la Administración ni al servicio de conservación y explotación que realiza esta empresa concesionaria responsabilidad alguna por la reclamación efectuada”.

SÉPTIMO.- Con fecha 27 de marzo de 2006 se recibe informe del Parque de Maquinaria, en el que se establece como valor venal del vehículo en el momento del accidente 12.490 o 13.270 euros, según se trate de vehículo con cambio automático o no, y se expresa que los daños que se reclaman pueden corresponder perfectamente a los que se deducen de la factura aportada.

OCTAVO.- El 26 de abril de 2006 se acuerda la apertura de un período de prueba para que el reclamante aporte copia de las condiciones de la póliza del seguro del vehículo y el recibo del pago de la prima de la anualidad correspondiente, lo que es cumplimentado por aquél mediante escrito presentado el 11 de mayo de 2006.

NOVENO.- El 6 de julio de 2006 se acuerda el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente.

DÉCIMO.- El 24 de octubre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la resolución, en síntesis, por considerar que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de vigilancia y conservación de carreteras y los daños por los que se reclama, pues el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento (en concreto, lo relativo a los elementos encargados de la conservación de la vía y de la retirada de obstáculos existentes en ella) no puede exceder de lo razonablemente exigible, por lo que no puede exigirse una vigilancia tan intensa y puntual que, sin mediar lapso de tiempo, cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento, añadiendo que no hubo una omisión por parte de la Administración de su deber de conservación, vigilancia y mantenimiento de la vía en garantía de la seguridad en la circulación, pues no se ha probado que el vallado de la autovía fuera defectuoso.

UNDÉCIMO.- El 26 de octubre siguiente, el interesado presenta escrito adjuntando documento de la Jefatura Provincial de Tráfico de Murcia en el que consta que el otro titular del vehículo en cuestión es él mismo.

DUODÉCIMO.- Mediante escrito registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 31 de octubre de 2006, el Secretario General de la Consejería citada, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al acreditar ser cotitular del vehículo dañado, según lo indicado en el Antecedente Undécimo. En este punto, debe corregirse lo expresado al respecto por la propuesta de resolución en sus Fundamentos Jurídicos Segundo, tercer párrafo, y Cuarto “*in fine*”, pues se refieren, respectivamente, a una inexistente representación de la titular del vehículo y a que la acreditación de la legitimación del reclamante se produce en el trámite concedido el 22 de junio de 2006, lo que no es así.

Los daños son imputados a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y su normativa de desarrollo. No obstante, debe señalarse la improcedencia de acordar la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento con base en el requerimiento efectuado al reclamante mediante el oficio de 9 de febrero de 2006 (f. 96 exp.) para la subsanación de deficiencias y aportación de documentación complementaria, fundada en el artículo 42.5, a) LPAC, pues se trató, en realidad, de un requerimiento de mejora de la documentación presentada, no de deficiencias en un sentido estricto, y ello sin perjuicio de la valoración probatoria de la citada documentación si el reclamante hubiera optado por no mejorarla; pero en ningún caso tal omisión hubiera impedido proseguir el procedimiento y dictar una resolución sobre el fondo de la pretensión planteada.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, el reclamante imputa a la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que se realicen las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, impidiera, señalizara o eliminara la situación de que se trata.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto supone una materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. En lo que se refiere a la imputabilidad del accidente en cuestión a la Administración pública regional, hay que coincidir con la propuesta de resolución en que aquél y los daños no pueden ser achacados al funcionamiento de los servicios públicos, por las razones expresadas en dicha propuesta y en otros Dictámenes de este Consejo Jurídico relativos a supuestos análogos al presente.

Así, en nuestro Dictamen 40/2005, expresamos que *“conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal. La presencia incontrolada de animales en la calzada –dice el alto Órgano Consultivo– no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”*. En este sentido, el informe de la empresa concesionaria pone de manifiesto que el vallado de la autovía estaba en las debidas condiciones, siendo inevitable que existan animales que se introduzcan en la calzada por los accesos abiertos para los vehículos, como el que existía cerca del lugar del suceso, sin que frente a ello el reclamante haya probado nada en contrario.

En consecuencia, al no poder imputarse el accidente ni sus daños al funcionamiento de los servicios públicos regionales, falta el imprescindible nexo de causalidad exigido por el artículo 139 y siguientes LPAC para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III. La anterior conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que en el Antecedente de Hecho Quinto “*in fine*” de la propuesta de resolución, se señale erróneamente que el informe de la Guardia Civil obrante al folio 52 del expediente alude a una posible distracción del conductor (si se examina dicho informe se aprecia que se hace constar como causa del accidente la correspondiente al código “10” del impreso de la fuerza actuante, código que es, precisamente, el correspondiente a “*rebaño o animal suelto*”, por lo que deberá suprimirse la citada observación). Conforme con las consideraciones antes expresadas, el accidente fue la materialización de un riesgo inherente a la utilización de las vías públicas, que los usuarios tienen el deber jurídico de soportar, si no hay un tercero responsable.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No existe relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente, si bien deberán corregirse su Antecedente de Hecho Quinto, “*in fine*”, y sus Fundamentos Jurídicos Segundo, tercer párrafo, y Cuarto, “*in fine*”, en los términos y por las razones expresadas en las Consideraciones Segunda, I, y Tercera, III, del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 94/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. M. T., en nombre y representación de su hijo menor de edad F. J. M. M., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 29/06/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 95/07.- Anteproyecto de Ley para la Modernización e Impulso de la Protección de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Turismo, Comercio y Consumo (2004)

Fecha: 02/07/07

Extracto de Doctrina

1. Como destaca la STC núm. 15/1989, de 26 de enero, por la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley estatal 26/1984, como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia (defensa del consumidor y del usuario) no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y usuario” corresponde a las Comunidades Autónomas. Por tanto, esta competencia nos sitúa, a grandes rasgos, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos, y de los derechos a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto a los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes.

2. La competencia autonómica se extiende a la relación de prácticas susceptibles de entrañar abuso sobre las que previene el legislador autonómico, impidiendo o limitando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, definiendo las conductas exigibles en congruencia con tales intereses y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes, pero no a la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación, introduciendo en esta área innovaciones en lo que es una regulación general, que corresponde al Estado.

3. Las notas caracterizadoras de la jurisprudencia constitucional para no invadir el ámbito estrictamente civil y mercantil, que es ajeno a la competencia autonómica, se resumen en las siguientes: no afectación a la relación contractual inter privados, carácter administrativo de las medidas, que deben ser acordes con la finalidad de protección del consumidor, y respeto al principio de proporcionalidad.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Elaborado por el centro directivo competente el primer borrador del Anteproyecto por el que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 4/1996), se acompaña de una memoria jurídica, y de un informe sobre el acierto y oportunidad de la reforma, que pretende los siguientes objetivos:

- El fortalecimiento de las asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios, como cauce natural de la representación, participación y consulta.
- El establecimiento de un catálogo de derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general, especialmente de los que han sido objeto de liberalización.

- La potenciación de los instrumentos administrativos para la protección de los consumidores y usuarios.
- La definición y reconocimiento del papel de las Administraciones municipales en este ámbito.

Se acompaña también de un informe económico que estima que el Anteproyecto no tiene repercusión presupuestaria, pues se trata de una norma jurídica cuya función es la defensa de los consumidores y usuarios que no genera ningún gasto, y de un informe sobre impacto por razón de género, que sostiene que el texto no contiene medidas discriminatorias entre hombres y mujeres.

SEGUNDO.- El borrador es sometido a informe del Consejo Asesor Regional de Consumo, que lo emite favorablemente, en su sesión de 27 de julio de 2006, tras lo cual es remitido por el Director General de Consumo al titular de la Secretaría General para su tramitación quien, el 2 de agosto siguiente (registro de salida), lo traslada a las Consejerías de Trabajo y Política Social, Agricultura y Agua, Educación y Cultura, Economía y Hacienda, Presidencia, Sanidad, Industria y Medio Ambiente, y Obras Públicas, Vivienda y Transportes.

TERCERO.- Constan las siguientes observaciones por parte de los departamentos consultados:

- El Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua emite un informe el 28 de agosto de 2006, en el que se propone una serie de modificaciones relativas a cuestiones de técnica normativa, o errores materiales, y a la conveniencia de ajustarse a las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por ejemplo, en el título de la disposición.
- La Consejería de Presidencia remite un informe de sus Servicios Jurídicos de 6 de septiembre de 2006, en el que se realizan asimismo observaciones de técnica normativa que hacen referencia, entre otras, a que el texto debe contener un solo artículo, dividido en apartados; añadir las disposiciones derogatorias y finales; aclarar determinados párrafos, y posibilitar con la aprobación de la Ley la puesta en marcha del Sistema Regional de Mediación de Consumo (Disposición Adicional).

CUARTO.- El Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite un informe el 19 de septiembre de 2006, que contiene las siguientes observaciones:

- En cuanto al procedimiento se recogen los trámites preceptivos que se han de cumplimentar.
- En cuanto a aspectos formales, se desarrollan las cuestiones de técnica normativa en parte ya sugeridas por los órganos preinformantes.
- En cuanto al contenido, se realizan observaciones particulares a la inclusión del turista dentro de los colectivos especiales, a las Asociaciones y Organizaciones de consumidores y usuarios (en su denominación, derechos y colaboración con las Administraciones Públicas), a las actuaciones de protección, al ámbito y estatuto del inspector de consumo, al régimen sancionador, a las competencias municipales, y a la colaboración, coordinación y cooperación interadministrativa.

QUINTO.- El Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad emite un informe el 11 de septiembre de 2006, en el que pone de manifiesto que determinadas prescripciones del

Anteproyecto afectan al ámbito sanitario, como, por ejemplo, el artículo 2 que recoge, entre los colectivos especiales, a las mujeres gestantes y enfermos; el artículo 4 en lo referente a la adopción de medidas para la protección del derecho a la salud; el artículo 5 que modifica diversos artículos en relación con infracciones graves, considerando como tales las que produzcan un daño efectivo y grave para la salud, y como muy graves “aquellas recogidas en el artículo 25 que sean concurrentes, total o parcialmente, con infracciones sanitarias muy graves o hayan servido para facilitarlas o encubrirlas”. Considera muy positivo que se haya previsto que la inspección de consumo se produzca en aquellas fases o ámbitos donde no existan otras inspecciones administrativas con finalidades concurrentes, como la de carácter sanitario. Sin embargo, con la finalidad de evitar duplicidades de competencias con la autoridad sanitaria, manifiesta que debe modificarse la redacción del artículo 20.4 (artículo tercero del Anteproyecto), pues al referirse a situaciones de riesgo inaceptable para la salud (que corresponde evaluar a los órganos competentes sanitarios) debe especificarse que se comunicará de forma inmediata a los órganos competentes en salud pública. También que debe suprimirse el término salud en las infracciones que se proponen, pues la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en lo sucesivo Ley General de Sanidad), tipifica con toda claridad las infracciones en esta materia.

SEXTO.- El Consejo Económico y Social (CESRM en lo sucesivo) emite informe el 27 de noviembre de 2006 con las siguientes conclusiones:

“(...) 3.- El Consejo Económico y Social considera que merece una valoración expresa que el Anteproyecto de Ley para la modernización e impulso de la protección de los consumidores y usuarios en la Región de Murcia incluya un título nuevo dedicado a la regulación de las competencias de la Administración local en la defensa y protección de los consumidores, porque esta era precisamente una de las carencias de la vigente regulación.

4.- El CESRM valora también de forma positiva la incorporación en el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia del nuevo Título IV dirigido a establecer un sistema específico de protección de los usuarios de los denominados servicios de interés económico general, ya que dada la importancia que estos servicios (transporte de viajeros, servicios eléctricos y de gas, telecomunicaciones y servicios postales, entre otros) tienen en la actualidad para el normal desenvolvimiento de las actividades de los consumidores y usuarios y las peculiaridades en su prestación se hacía necesaria una consideración específica de los derechos de los consumidores y usuarios respecto a los mismos. Esta valoración la realiza el Consejo Económico y Social sin perjuicio de que la delimitación del concepto de servicios de interés económico general adolezca de un alto grado de indeterminación, y de que algunos de los derechos reconocidos a los usuarios de estos servicios tengan una función retórica que perturba la funcionalidad del conjunto de derechos que el Anteproyecto de Ley contiene, como se pone de manifiesto en las observaciones a los preceptos correspondientes.

5.- A juicio del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia la introducción de un nuevo sistema de concreción de las sanciones de contenido homólogo al del sistema penal en materia de consumo supone un reforzamiento de la seguridad jurídica y de las garantías de los ciudadanos en el procedimiento sancionador que debe ser valorado de forma positiva.

6.- No obstante la anterior conclusión considera esta Institución que tanto en algunas de las nuevas infracciones que se introducen, como en la regulación de la actuación de la inspección de consumo, el Anteproyecto de Ley para la modernización e impulso de la

protección de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia incluye preceptos que contienen una alta dosis de indeterminación y, por ello, de inseguridad jurídica, y que no respetan suficientemente el principio de proporcionalidad, otorgando a la Administración pública facultades que van más allá de las necesarias e, incluso, en algunos supuestos, de dudoso encaje en el sistema de garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades públicas, tal y como se pone de manifiesto en las observaciones a los artículos en los que se contienen tales prescripciones.

7.- El Consejo Económico y Social quiere valorar de forma expresa la creación del Sistema Regional de Mediación en Consumo porque el mismo supondrá un complemento del Sistema Regional de Arbitraje en Consumo, cuya eficacia y nivel de aceptación tanto entre los prestadores de servicios y productos como entre los consumidores ya ha sido resaltada por esta Institución. El CESRM entiende que los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos constituyen una herramienta de indudable utilidad para los consumidores por las características de voluntariedad, rapidez y ausencia de formalismo que les son inherentes.

8.- El Consejo Económico y Social opina que dada la amplitud de la reforma que el Anteproyecto de Ley para la modernización e impulso de la protección de los consumidores y usuarios en la Región de Murcia realiza sobre la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, que implica no sólo la introducción de nuevos preceptos sino también la modificación de preceptos vigentes, la sustitución y la modificación parcial de otros, sería conveniente que en el Anteproyecto de Ley se incluyese una disposición que autorizase al Consejo de Gobierno a la elaboración a la mayor brevedad de un Texto Refundido en el que se contuviese la redacción vigente de la Ley 4/96 tras la modificación, en aras a facilitar su conocimiento, manejo y difusión”.

SÉPTIMO.- Consta un informe valorativo de las observaciones realizadas por el CESRM, sin suscribir, remitido por el Director General de Consumo a la Secretaría General, en el que se detallan las observaciones aceptadas respecto al régimen sancionador, las facultades de inspección y adopción de medidas cautelares, servicios de interés económico general y órganos de representación.

OCTAVO.- Con fecha 17 de noviembre de 2006 se solicitó un informe de la Dirección General de Administración Local, al objeto de recabar el posterior parecer del Consejo Regional de Cooperación Local.

NOVENO.- Habiendo solicitado el Dictamen del Consejo Jurídico, el órgano consultante, de oficio, completó el expediente anteriormente remitido el 10 de enero de 2007, acompañando el informe de la Dirección General de Administración Local, de 18 de diciembre de 2006, y el acuerdo del Consejo de Cooperación Local de igual fecha, sobre el Anteproyecto de Ley. Destaca, del primero de los citados (informe del Servicio de Asesoramiento a las Corporaciones Locales), la observación sobre la ausencia de previsiones de financiación de la efectiva ejecución de las competencias de las Administraciones Locales para aquellos municipios que dispongan de medios económicos y técnicos muy limitados, sugiriendo que se establezca una cláusula de ejecución subsidiaria por parte de la Administración regional. También sugiere que se someta a informe de la Federación de Municipios para ser respetuoso con las competencias locales, en cumplimiento del artículo 3.2 de la Ley regional 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local (en lo sucesivo Ley regional de Régimen Local).

DÉCIMO.- Por Acuerdo núm. 4/2007, de 22 de enero, el Consejo Jurídico solicitó a la Consejería consultante que completara el expediente con las siguientes actuaciones:

- El Acuerdo de Consejo de Gobierno a que hace referencia el artículo 46.4 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en adelante Ley 6/2004).
- Las consideraciones que procedan por parte de la Consejería proponente si, tras la entrada en vigor de la Ley estatal 46/2006, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en lo sucesivo Ley 46/2006), debe modificarse algún precepto del Anteproyecto para su acomodación a la misma, con carácter previo a la emisión de nuestro Dictamen sobre las cuestiones de fondo planteadas.
- Por último, y tras la emisión de informe por la Dirección General de Administración Local de 18 de diciembre de 2006, en el que se realizan algunas observaciones desde el punto de vista de las competencias de los Ayuntamientos, se solicita la correspondiente valoración del mismo como exige el artículo 46.4 de la Ley 6/2004, ya citada.

UNDÉCIMO.- Con fecha 9 de febrero de 2007 la Consejería consultante completó el expediente, incorporando el Acuerdo solicitado del Consejo de Gobierno, de 2 de febrero de 2007, que indica la innecesariedad de nuevas consultas a las ya efectuadas, sin perjuicio de las que tengan carácter preceptivo, así como el informe del Vicesecretario, de 27 de enero de 2007, sobre el procedimiento seguido en relación con el derecho de las Entidades Locales a ser consultadas. También se acompaña el que se titula como borrador definitivo, fechado el 8 de febrero de 2006, en el que se han introducido ciertas correcciones en la Exposición de Motivos en referencia a la nueva Ley estatal 46/2006, de reciente aprobación. Por último se recaba el Dictamen del Consejo Jurídico, una vez completado el expediente.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento y documentación.

I. El procedimiento seguido para la elaboración del Anteproyecto ha sido el previsto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, a cuyas prescripciones formales se ha acomodado en términos generales, ya que se inició mediante la elaboración del Anteproyecto por el centro directivo correspondiente, al que se unió una escueta memoria técnica y jurídica, y un informe sobre la necesidad y oportunidad de la reforma de la Ley 4/1996. Asimismo constan un informe de impacto por razón de género, y una denominada “memoria económica”, a la que se hará referencia con posterioridad, y las audiencias a las Consejerías que integran la Administración regional, al Consejo Asesor Regional de Consumo, al Consejo de Cooperación Local, que integra a los Ayuntamientos de la Región, y al CESRM.

Sin embargo, por la materia normada (defensa del consumidor y usuario), la Consejería proponente debería haber realizado un mayor esfuerzo en la participación de otras Asociaciones de Consumidores y Usuarios, aun cuando no formen parte del Consejo Asesor de Consumo, por no tener la condición de más representativas, dado que en la reforma tramitada se plantea la creación de una Mesa para todas ellas, como foro de intercomunicación (nueva redacción del artículo 19, según el artículo segundo del Anteproyecto).

También, por el carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor, y también la plural inclusión de una regla en sectores distintos, como pueden ser el de consumo o el de la sanidad, se echa en falta la audiencia a la Comisión regional para la Seguridad Alimentaria, creada por Decreto regional 13/2001, de 2 de febrero, en su condición de órgano colegiado interdepartamental, adscrito a la Comisión Delegada del Consejo de Gobierno para la protección colectiva de la salud de los ciudadanos, que tiene como objetivo esencial la de fijar y coordinar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, los criterios básicos de actuación en materia de seguridad alimentaria en aquellos aspectos que sean de especial relevancia. Cabe recordar, a este respecto, que el artículo 20.4 del Anteproyecto prevé el *modus operandi* de la Administración regional en el caso de situaciones de riesgo para la salud, así como las atribuciones de los órganos competentes en la defensa del consumidor y usuario.

De otra parte, en la medida en que las competencias de los consumidores están presentes cada vez con más intensidad en el derecho de la competencia (el Anteproyecto incluye un nuevo título dedicado a la especial protección de los usuarios en los servicios de interés económico general), que afecta a las competencias de la ordenación del mercado (comercio interior), se considera la conveniencia de haber otorgado un trámite de audiencia a la Dirección General competente en materia de comercio, a la que compete el ejercicio de las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia, de acuerdo con el Decreto regional 13/2004 y, particularmente, al Servicio regional de Defensa de la Competencia, a tenor de las funciones asignadas por el mencionado decreto regional, y a que la legislación sobre defensa de la competencia se inserta también en el área de la defensa de los consumidores cuando el abuso de dominio en el mercado pueda crear restricciones.

II. En cuanto a la documentación que figura en el expediente, se realizan las siguientes observaciones:

1ª. La entidad de la reforma proyectada hubiera exigido que la memoria que se acompaña al borrador inicial del Anteproyecto, coincidente, en su escueta justificación, con la que contiene el informe sobre el acierto y oportunidad, hubiera motivado en detalle las concretas determinaciones normativas propuestas, como exige el artículo 46.3 de la Ley 6/2004. No obstante, cabe afirmar que dicha deficiencia inicial ha sido suplida por la extensa y clarificadora Exposición de Motivos del Anteproyecto, de gran ayuda para conocer el alcance de las modificaciones introducidas y las razones a favor de una concreta regulación.

2ª. La titulada como “memoria económica” no puede ser considerada como el “estudio económico de la norma”, a que se refiere el artículo 46.3 de la Ley 6/2004, pues se limita a señalar que el nuevo estatuto de los consumidores y usuarios no supondrá gasto económico alguno, ni repercusión presupuestaria, “habida cuenta que se trata de una norma jurídica cuya función es la defensa de los consumidores y usuarios, y del cumplimiento de esta norma no se genera ningún gasto”.

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 25/2007), el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Anteproyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103 CE). Su ausencia nos obliga a plantearnos las siguientes cuestiones no resueltas en el expediente: ¿Acaso no supone un coste la puesta en marcha del Sistema regional de Mediación de Consumo, aun cuando su concreción se remita a posterior desarrollo reglamentario? ¿Qué repercusiones tendrá la entrada en vigor de la reforma en los Ayuntamientos, en relación con sus competencias, cuando, según la Exposición de Motivos, se pretenden aumentar los medios materiales y personales dedicados a la protección de los consumidores? De ahí la plena justificación de la observación que se realiza por parte de la Dirección General de Administración Local, en cuanto que debería contemplarse cómo va a financiarse o cofinanciarse la efectiva ejecución de dichas competencias por parte de las Entidades Locales. En este sentido el Consejo de Estado ha puesto reiteradamente de manifiesto la necesidad de que los estudios económicos aborden las repercusiones económicas que los nuevos regímenes normativos entrañan para otros poderes públicos (Dictámenes núms. 1732/2002 y 1485/2004).

En consecuencia, como indicamos en nuestro Dictamen 26/2007 que se transcribe, “*El Consejo Jurídico, como ha manifestado en reiteradas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 113/2003), es consciente de la dificultad que tiene la elaboración de la memoria económica en proyectos normativos como el presente, que contempla medidas que no van a generar un gasto de forma inmediata, sino que éste se manifestará de forma diferida en el tiempo -en tanto que precisa de actos concretos de aplicación que serán los que, en puridad, conlleven la aplicación de recursos económicos-, pero son precisamente tales características las que hacen mucho más aconsejable la emisión del citado estudio económico, dado que su finalidad es ilustrar sobre algunas de las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (artículo 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE establece*”.

3ª. La valoración de las sugerencias realizadas por los diversos departamentos y organismos consultados sólo se ha plasmado en relación con el Dictamen del CESRM, aun cuando no aparezca suscrito el informe; sin embargo no consta en el expediente la valoración de las restantes sugerencias, lo que motivó, por ejemplo, que el Consejo Jurídico lo solicitara, sin éxito, en relación con el último informe de la Dirección General de Administración Local.

4ª. Se indica por el Vicesecretario (informe de 25 de enero de 2007) que se procedió a trasladar el Anteproyecto el 15 de diciembre de 2006 a la Federación de Municipios para que efectuara las correspondientes alegaciones, si bien no obra en el expediente el oficio de remisión, ni su contestación, si se hubiera producido.

TERCERA.- Marco normativo, alcance de las competencias autonómicas y oportunidad de la reforma.

I. El artículo 51 de la Constitución establece que todos los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Además, deben

promover su información y educación, fomentar sus organizaciones, y oír las en las cuestiones que puedan afectarles. Por tanto, en el texto constitucional tienen acogida los cuatros pilares sobre los que se asientan los derechos del consumidor: defensa de la seguridad y salud; protección de sus intereses legítimos; protección de la información y educación, y fomento de sus organizaciones y derechos de audiencia.

Siguiendo su mandato, se aprobó la Ley estatal 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, objeto de reciente modificación por la Ley 44/2006, ya citada, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, invocada en la Exposición de Motivos (en lo sucesivo EM) del Anteproyecto con fundamento en los siguientes títulos competenciales estatales: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad entre todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes (artículo 149.1.1ª CE), bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16ª CE), legislación mercantil y procesal (artículo 149.1.6ª CE), y legislación civil (artículo 149.1.8ª CE).

Sin embargo, son las Comunidades Autónomas, y no el Estado, las que han asumido específicas competencias sobre la materia “defensa de los consumidores y usuarios”, como también refiere la EM del Anteproyecto. Es el caso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a la que, por Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, de Reforma de nuestro Estatuto, se confirió, en el marco de la legislación básica del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de “Defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”, que coincide con la redacción vigente del artículo 11.7 de nuestro Estatuto. En desarrollo de dicha competencia se aprobó tempranamente la Ley regional 4/1996, cuya modificación se acomete por el Anteproyecto.

La relación de las competencias estatales ya enumeradas, que inciden en la materia, nos hace vislumbrar que el concepto de “defensa del consumidor” es de gran amplitud, pluridisciplinario, y de contornos muy imprecisos (Dictamen núm. 49/98, del Consejo Jurídico), como puso de manifiesto la STC núm. 71/1982, de 30 de noviembre, sobre la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

“La defensa del consumidor es un concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificador de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definitorias competenciales. Y esto podrá ocurrir -y como veremos ocurre en el caso que enjuiciamos- cuando una regla que tiene por fin la protección del consumidor, pertenece también a conjuntos normativos configurados según un criterio de clasificación de disciplinas jurídicas presente, de algún modo, en el art. 149.1 de la Constitución (nos referimos a la legislación civil, a la legislación procesal, etc.). A esto se une el que la Constitución (arts. 148 y 149) -y dentro del marco establecido en ella, que condiciona necesariamente el contenido estatutario-, además del aludido criterio de distribución competencial, define competencias atendiendo a lo que es el objeto de la norma (la sanidad, por ejemplo). Concurren así, varias reglas competenciales, respecto de las cuales, en este recurso, deberá examinarse cuál de ellas es la prevalente y, por tanto, aplicable al caso. La concurrencia de reglas

determinará, en ocasiones, la exclusión de una, mas en otras, la competencia, además de apoyarse en la definidora de competencia en el sector de la defensa del consumidor, podrá justificarse también por otra regla, lo que refuerza la solución. El carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor; y también la plural inclusión de una regla en sectores distintos como pueden ser el del consumo y el de la sanidad, tendrá que llevarnos a criterios de elección de la regla aplicable. Por supuesto, las técnicas a utilizar para indagar cuál es la regla competencial que debe prevalecer -cuando no puedan aplicarse conjuntamente-, tendrán que tener muy presente, junto con los ámbitos competenciales definidos, la razón o fin de la regla, desde la perspectiva de distribución de competencias posible según la Constitución. La garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de intereses que excedan del ámbito autonómico, son, según entendemos, límites que deben tenerse presentes (...)”.

En consecuencia, como destaca la STC núm. 15/1989, de 26 de enero, por la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley estatal 26/1984, como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia (defensa del consumidor y del usuario) no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y usuario” corresponde a las Comunidades Autónomas. Por tanto, esta competencia nos sitúa, a grandes rasgos, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos, y de los derechos a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto a los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes. Particularmente cabe destacar las competencias estatales en materia de defensa de la competencia, pues, junto a la de protección de consumidores y usuarios, de competencia autonómica, son los dos aspectos que confluyen en la ordenación del mercado, existiendo la posibilidad de que existan normas que puedan ocuparse de ambos campos, puesto que, la colusión o abuso de dominio en el mercado, puede crear restricciones en perjuicio de los consumidores y usuarios y, desde esta perspectiva, tal legislación también se inserta en el área de la defensa del consumidor (STC 264/1993, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 9/1989 de la Comunidad de Aragón, sobre ordenación de la actividad comercial).

Por tanto, conviene extraer como primera conclusión, recogiendo nuestra doctrina (Dictamen núm. 31/2004), que se trata de una materia que resulta en todo caso compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que fácilmente se constata en nuestro Estatuto de Autonomía (artículo 11.7), al señalar que la competencia de la Comunidad Autónoma se desarrollará en el marco de la legislación básica del Estado, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, y las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38 (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y 131 (planificación de la actividad económica general) ambos de la Constitución.

De ahí que la expresión contenida en la EM relativa a que el Proyecto contiene el Estatuto básico de los consumidores y usuarios (párrafo primero), ha de ser interpretada, de acuerdo con la STC núm. 62/1991, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad

y el conflicto de competencias interpuesto contra la legislación de Galicia en la materia, en el sentido de que el concepto de “básico” no ha de ser entendido en su dimensión competencial, pues la legislación básica corresponde al Estado según la dicción literal de nuestro Estatuto de Autonomía, sino atendiendo al sentido lógico, pues el objeto de la normativa en materia de consumo es el establecimiento de los principios esenciales e informadores del Estatuto del Consumidor de la Región de Murcia, desde la consideración de su defensa.

II. Detectada la complejidad en la articulación de las competencias autonómicas y las del Estado, así como en su deslinde, interesa profundizar en las materias o aspectos a los que se extiende la competencia autonómica en materia de defensa del consumidor y usuario, centrada en las cuestiones jurídico-públicas de carácter administrativo, y cómo se proyectan en relación con las grandes líneas sobre las que se articula la presente reforma conforme a la EM, para inferir la habilitación competencial autonómica, sin perjuicio de las consideraciones particulares sobre concretos preceptos a los que posteriormente nos referiremos. Así la reforma tiene como finalidades básicas:

1ª. El fortalecimiento de las asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios como cauce natural de la representación, participación y consulta.

La regulación de las asociaciones de consumidores y usuarios es uno de los puntos singulares de su defensa, por lo que entra de lleno en la competencia autonómica en materia de defensa de consumidores y usuarios las radicadas en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (SSTC 15/1989, ya citada, y 133/1992), salvo puntuales aspectos considerados como básicos o exclusivos por la legislación estatal, por afectar a sus competencias (artículos 20 bis, 1, 3 y 4, y 21,1 y 4 de la Ley 26/1986, en la reforma introducida por la ley 44/2006).

2ª. La potenciación de los instrumentos administrativos para la protección de los consumidores y usuarios.

Siempre y cuando se trate de una intervención pública que se oriente a la tutela de intereses colectivos de los consumidores, una profusa legislación administrativa muestra que son acciones específicas que pueden subsumirse en el marco de la política administrativa con objetivos protectores del consumidor. Especial mención ha de realizarse a la regulación del derecho a la información por parte del consumidor, ya que si la Comunidad Autónoma lo circunscribe al área de protección de los consumidores para que el usuario conozca las características del bien o servicio, puede considerarse inserto en su competencia, según refiere la STC 62/1991: “*el derecho del consumidor a recibir una información veraz sobre las características del objeto y correlativa obligación del vendedor de suministrarla no constituyen derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, sino que, antes bien, dichos derechos y obligaciones han de ser afianzados exclusivamente por la Administración de la Comunidad Autónoma mediante medidas administrativas (...)*”.

3ª. El establecimiento de un catálogo de derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general, especialmente de los que han sido objeto de liberalización.

La competencia autonómica se extiende a la relación de prácticas susceptibles de entrañar abuso sobre las que previene el legislador autonómico, impidiendo o limitando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, definiendo las conductas exigibles en congruencia con tales intereses y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes, pero no a la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación, introduciendo en esta área innovaciones en lo que es una regulación general, que corresponde al Estado, que ostenta la

competencia para regular las condiciones generales de los contratos, las modalidades contractuales, e igualmente la de la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización, o disfrute de los consumidores de bienes, medios o servicios (STC 71/1982, ya citada). Conforme a nuestra doctrina (Dictamen núm. 78/2006) las notas caracterizadoras de la jurisprudencia constitucional para no invadir el ámbito estrictamente civil y mercantil, que es ajeno a la competencia autonómica, se resumen en las siguientes: no afectación a la relación contractual *inter privatos*, carácter administrativo de las medidas, que deben ser acordes con la finalidad de protección del consumidor, y respeto al principio de proporcionalidad.

Para el enjuiciamiento de tales aspectos, así como si entran en la competencia autonómica, ha de tenerse en cuenta la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de los intereses que excedan del ámbito autonómico, como destacamos, entre otros, en nuestros Dictámenes 85 y 104 del año 2005. La aplicación de los citados límites se suscita, particularmente, en el catálogo de derechos de los consumidores y usuarios en los servicios económicos de interés general, que recoge el Anteproyecto, y que será objeto de tratamiento específico posteriormente, por si se advirtieran extralimitaciones competenciales concretas en la regulación propuesta.

4ª. La definición y reconocimiento del papel de las Administraciones municipales en este ámbito.

El artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, en adelante LBRL) establece que el municipio ejercerá competencias en abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de los consumidores y usuarios (apartado g), en los términos que establezca la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, por lo que se encuentra plenamente habilitada la Consejería competente, a través del presente Anteproyecto, para su desarrollo, si bien habrán de tenerse en cuenta, en todo caso, las competencias ya asignadas a las Entidades Locales por normas sectoriales estatales (artículo 42 de la Ley General de Sanidad), y coordinarse con otras sectoriales autonómicas que también les asignan competencias. En lo que concierne a la competencia sancionadora, el artículo cuarto del Anteproyecto (44.2 de la Ley 4/1996) atribuye a las Entidades Locales la competencia para sancionar las infracciones leves que cometan las empresas y establecimientos domiciliados en sus términos, y sobre cualesquiera de las tipificadas por la Ley en las que se incurra en el ejercicio de la actividad de venta ambulante igualmente en su territorio, aunque respecto a esta última se establece la posibilidad de una asunción directa por parte de la Consejería cuando concurren determinadas circunstancias, que implican una trascendencia regional de la infracción (gravedad, extensión de afectados, etc.); en tales caso, debería contemplarse la notificación al Ayuntamiento del ejercicio de la competencia sancionadora por parte de la Administración regional para evitar la concurrencia de actuaciones.

Por otra parte la Ley General de Sanidad, y la autonómica en materia de salud, atribuyen a los Ayuntamientos el control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de transporte, que tiene su reconocimiento en la LBRL al establecer que los municipios han de prestar, en todo caso, el control de alimentos y bebidas (artículo 26.a). Dicha competencia no aparece expresamente enunciada entre las que ostentan las Administraciones locales, resultando bastante impreciso el párrafo correspondiente a la atribución de la inspección de consumo a los municipios (artículo 48.2,b del Anteproyecto).

Nada que objetar al reconocimiento de las facultades de coordinación de la Administración regional en los términos previstos en la Ley regional de Régimen Local de la Región de Murcia, que se plasman en la coordinación de la actuación de inspección en materia de consumo de los entes locales, por cuanto las actividades o servicios locales trascienden del interés propio de las correspondientes entidades, y pueden incidir o condicionar las competencias de la Administración regional, o ser concurrentes o complementarias (artículo 76 de la precitada ley). No obstante, el artículo sexto del Anteproyecto faculta a la Consejería competente para establecer, en relación con la inspección de consumo municipal, directrices técnicas, protocolos y ámbitos de actuación (artículo 48.2, b), si bien tales medidas han de enmarcarse por el Anteproyecto dentro de los instrumentos de cooperación previstos en la normativa de régimen local, y que, en realidad, viene a consagrar el texto con la creación de la Conferencia Interadministrativa de Cooperación de Consumo en la Región de Murcia, a la que se atribuye tales funciones (artículo 50), así como a través de los Planes Sectoriales de coordinación creados por el Anteproyecto (artículo 51), también en desarrollo de los mecanismos de coordinación específicos previstos por la Ley regional de Régimen Local.

Finalmente, respecto a otras modificaciones que se introducen, relativas al régimen sancionador, interesa destacar que la producción del derecho administrativo sancionador en esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas (STC 15/1989, ya citada), a diferencia del establecimiento de un sistema de arbitraje, que es materia atribuida a la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1, 6 y 8 CE), pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (la obtención de una decisión civil que ponga fin al conflicto); la creación de órganos de naturaleza arbitral, y el establecimiento de dicho procedimiento es materia propia de la legislación procesal civil, lo que será objeto de consideración específica a la hora de valorar el Sistema regional de Mediación de Consumo.

III. Restaría por clarificar los criterios a utilizar en el caso de que las regulaciones dimanantes del título competencial de defensa de los consumidores y usuarios, y las previsiones de normas sectoriales regionales que incluyen preceptos que tienen también una finalidad de defensa del consumidor o usuario, fueran incompatibles.

En el ordenamiento jurídico regional existen diversas normas que incluyen preceptos cuya finalidad es también la señalada en determinados sectores; por ejemplo, la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia, que concreta los derechos y la protección de los mismos (artículos 45 y Título VI), y que son pormenorizados en cada uno de los reglamentos que desarrollan los diferentes establecimientos turísticos (por ejemplo, artículos 9 y ss. del Decreto 91/2005, de 22 de julio, por el que se regulan los establecimientos hoteleros); también las Leyes 11/2006, de 22 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista (artículos 28 y ss.), 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (artículos 3 y ss.), y 8/2005, de 14 de diciembre, para la calidad de la edificación en la Región de Murcia (destacamos su artículo 28).

Con motivo de nuestro Dictamen núm. 24/99, ya fijamos, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (por todos, sentencia núm. 228/1993) que “a los efectos de la caracterización competencial de una determinada norma lo relevante será, en suma, atender –como dijimos también entonces– al objetivo predominante del precepto”.

Tampoco conviene olvidar que cuando una materia puede ser incluida en dos títulos competenciales distintos, la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más es-

pecial, que es, por tanto, la de aplicación preferente (SSTC 71/1982 y 69/1988), cuando no puedan aplicarse conjuntamente las que concurren; principio de gran utilidad para resolver los conflictos cuando confluyen normas sectoriales de protección más específica que las reglas contenidas en el Estatuto de los Consumidores, que podemos encuadrar como un marco general aplicable a los consumidores y usuarios, sin perjuicio de las especialidades propias de los sectores.

IV. Determinado el alcance de las competencias estatutarias para acometer la reforma, se justifican en el expediente las razones concretas para afrontarla, transcurridos diez años desde la entrada en vigor de la Ley 4/1996, al haberse puesto de manifiesto ciertos déficits en la protección de los consumidores, y la necesidad de avanzar un paso más en su defensa ante las nuevas realidades socioeconómicas surgidas durante la década, sin que debamos olvidar otras potentes razones, como la copiosa normativa de la CE en esta materia (seguridad de los productos, sistemas de pago, ventas a domicilio, etc.), o la aprobación de leyes estatales posteriores al año 1996 (condiciones generales de contratación, contratos fuera del establecimiento mercantil, ventas a distancia, etc.), y la reciente Ley 44/2006, ya citada, que ha sido aprobada durante la tramitación del Anteproyecto, lo que motivó que el Consejo Jurídico recabara el parecer del órgano consultante, mediante el Acuerdo núm. 4/2007, sobre si debía introducir modificaciones al texto, tras la entrada en vigor de aquélla.

Por último, no sería completo este análisis si no hiciéramos referencia a la política europea en esta materia, cuyos principios son invocados en la EM para la regulación de la especial protección de los usuarios en los servicios de interés económico general, destacando, sin ánimo exhaustivo y entre sus últimas manifestaciones, el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 2004, sobre Cooperación entre las Autoridades Nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (“Reglamento sobre la Cooperación en materia de Protección de los Consumidores”), la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (que entrará en vigor el 12 de diciembre de 2007), la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, sobre servicios en el mercado interior (con plazo para incorporar en el ordenamiento interno antes del 28 de diciembre de 2009). También la Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013).

CUARTA.- Observaciones de técnica normativa.

I. Las cuestiones de técnica normativa, reiteradamente suscitadas por los órganos pre-informantes a lo largo de la tramitación, y que han permitido mejorar el borrador inicial, cobran una singular importancia en el caso de leyes modificativas de gran amplitud, como la que ahora se somete al parecer del Consejo Jurídico, si se tiene en cuenta que el Anteproyecto afecta a la redacción de más de 25 artículos de la Ley 4/1996, y le añade 8 nuevos preceptos, cuando actualmente dispone de un total de 44. La importancia de la reforma acometida hubiera requerido, en opinión del Consejo Jurídico, la redacción de una norma sustitutoria de la vigente, por la dificultad que implica manejar dos disposiciones al mismo tiempo y su conocimiento por parte de los destinatarios de la norma, urgiendo, en todo caso, la refundición de ambas, estimándose excesivo el plazo de dos años para el ejercicio de la habilitación atribuida al Consejo de Gobierno (disposición final tercera).

También las cuestiones de técnica normativa han preocupado a los redactores del Anteproyecto, pues así se refleja en el apartado II de la EM, al señalar que la técnica empleada tiene como finalidad la comprensión de los ciudadanos sobre los fines de la reforma, para lo cual se ha reproducido el artículo completo incorporando algunos apartados que no han sido objeto de modificación. Siendo buena esta técnica en tanto facilita el manejo del derecho vigente, sin embargo, resulta insuficiente, como señalamos en nuestro Dictamen núm. 73/00, cuando se desconoce en cada artículo qué modificaciones concretas se han introducido, al haberse omitido en la redacción lo que se conoce como texto marco, conforme a las Directrices de Técnica Normativa, ya citadas, en la que se debe expresar con claridad y precisión el objeto de la modificación y el tipo de cambio que se realiza, a pesar de que puede plantear grandes dificultades su plasmación en el texto cuando la modificación afecta a la redacción de capítulos completos. Por ejemplo, en el artículo primero del Anteproyecto no se dice en qué consiste la modificación que se introduce (adición de la palabra “turistas”), apareciendo redactado el precepto directamente.

De otra parte entiende el Consejo Jurídico que la creación con la entrada en vigor de la nueva norma de determinados órganos o estructuras debería recogerse en una disposición adicional, de acuerdo con las Directrices de Técnica Normativa ya citadas, con independencia de que se regule en el articulado.

En todo caso, el Consejo Jurídico considera que debe realizarse la cita obligada al Título I de la Ley 4/1996 en el artículo segundo del Anteproyecto, que hace referencia únicamente al Capítulo IV, así como debe incorporarse al Anteproyecto la fórmula promulgatoria, estimándose de interés, asimismo, que se volcara en la EM, último párrafo, los informes recabados, como los de las Consejerías, Consejo Asesor Regional de Consumo, Consejo de Cooperación, CESRM y Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

II. También resulta obligado plantearse cuál ha de ser el tratamiento a adoptar sobre aquellas determinaciones del Anteproyecto que constituyen una reproducción de preceptos de normas estatales, que han de reconocerse como propios de títulos estatales como los antes mencionados. A la vista de la jurisprudencia constitucional, es claro que, en el caso de modificaciones, tales determinaciones no podrán incluirse válidamente en la ley que se pretende aprobar, por carecer la Comunidad Autónoma de competencia al respecto. Sin embargo, más difícil resulta la respuesta en el caso de determinaciones meramente reproductoras de la norma estatal, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite un margen de maniobra que hay que utilizar cuidadosamente para no desvirtuar su sentido (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 66/2006). En este sentido la STC 341/2005, de 21 de diciembre, hace una concisa recapitulación de su doctrina sobre el uso por las CCAA de la técnica de la “*lex repetita*” estatal.

Así la técnica reproductora sólo es admisible excepcionalmente en aquellos supuestos en los que sea necesario para dotar de sentido o inteligibilidad a la norma autonómica, bien mediante una remisión o reenvío de carácter formal al correspondiente artículo, bien mediante las formas que indicamos en nuestro Dictamen núm. 66/2006, ya citado. Con carácter general, así se ha hecho por el Anteproyecto, cuando se remite a la legislación estatal para el ejercicio de acciones judiciales por parte de los entes locales (artículo 48.2,e, añadido por el artículo sexto del Anteproyecto).

Pero también cabe plantearse en el campo del derecho de los consumidores la necesidad, por ejemplo, cuando se concretan sus derechos en materia de servicios de interés

económico general, de hacer referencias instrumentales a la disciplina contractual de competencia estatal. En este sentido considera de interés el Consejo Jurídico traer a colación la siguiente consideración del Consejo Consultivo andaluz, volcada en su Dictamen núm. 230/2003, sobre el entonces Anteproyecto de Ley de los Consumidores de Andalucía, que compartimos plenamente: “(...) *en la medida en que las Comunidades Autónomas articulen legítimas políticas económicas propias dentro de su territorio, pueden utilizar de manera instrumental no general, técnicas y efectos del derecho contractual, y muy especialmente en el campo del derecho de los consumidores, donde posee una intensa habilitación competencial por vía de su Estatuto y el bloque de constitucionalidad en general; segunda que pueden adoptar, siempre dentro de ese uso instrumental, las normas generales que el Estado ha dictado en la materia, sin que ello suponga exactamente el fenómeno de la lex repetita (...) Pero una especial necesidad de la Comunidad Autónoma, a la que pueda hacer frente con sus competencias, puede legítimamente resolverla con instrumentos de derecho privado, creados por el Estado con carácter general, y siempre que la adopción de ellos no vaya en contra de la generalidad de la regulación estatal*” (...) *En pocas palabras el parámetro de constitucionalidad de esta norma, y en esta materia, hay que referirla a si ha innovado la legislación estatal, por exceso o por defecto, y para los mismos supuestos en que esta contempla “la tutela del contratante débil” (...) Obsérvese que, de no considerarse procedentes estos argumentos, el sistema jurídico español del derecho de los consumidores va a una clara asimetría, o a la desaparición de potestades estatutarias en algunas Comunidades Autónomas (...).*

QUINTA.- Observaciones al conjunto de las modificaciones propuestas.

La sistemática que adopta el presente Dictamen para analizar el alcance de la reforma consiste en agrupar las modificaciones por bloques temáticos que permitan un tratamiento conjunto, en atención a las líneas básicas del Anteproyecto y a las modificaciones de importancia cualitativa que refiere. Por claridad y agilidad, se hará referencia en los títulos de las materias tratadas a los artículos correspondientes del Anteproyecto, si bien en las consideraciones se hará referencia concreta al artículo, o al párrafo del artículo, que se modifica o añade de la Ley 4/1996.

I. Inclusión del turista en el listado de colectivos que se encuentran en una posición de inferioridad o indefensión (artículo primero del Anteproyecto).

Al extenso listado de los colectivos especiales que recoge el vigente artículo 4 de la Ley 4/1996, por encontrarse en circunstancias de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada (los niños y adolescentes, las mujeres gestantes, las personas mayores, los enfermos, los discapacitados e inmigrantes), el Anteproyecto añade a los turistas. Se motiva tal inclusión, según la EM, por la importancia del sector turístico como fuente de riqueza regional, y en el establecimiento de un marco jurídico que ofrezca la necesaria protección al usuario de los servicios turísticos, lo que obliga a actuaciones específicas por parte de los poderes públicos para su defensa, alguna de las cuales tiene su reflejo en el Anteproyecto con el establecimiento de un régimen sancionador agravado.

Sin embargo, el Consejo Jurídico entiende que la consideración del turista entre los colectivos especiales es innecesaria, a la vez que produce ciertas disfuncionalidades en el ordenamiento jurídico regional, por varias razones:

1ª) En la definición de consumidor y usuario (artículo 2 de la Ley 4/1996) se incluye al turista (persona física de cualquier nacionalidad y residencia que, como destinatario

final, adquiere, utiliza o disfruta de productos, bienes y servicios para su consumo o uso particular en el territorio de la Región de Murcia), y su protección ya es tenida en cuenta por el Estatuto de los Consumidores regional, al igual que a los restantes consumidores y usuarios, precisamente por su peculiar situación de parte débil que le convierte en acreedor de tratamiento jurídico por su posición en la realidad socioeconómica.

2ª) Los colectivos especiales, a los que se refiere el artículo 4, son objeto de una situación de indefensión más acusada (los niños, adolescentes, personas mayores, inmigrantes), respondiendo a sus circunstancias personales, económicas, o socialmente más desfavoradas. En realidad el turista puede estar también incurso en situaciones específicas de colectivos especiales descritas en el vigente artículo 4.

3ª) Además, en el caso del turista-consumidor, el Consejo Jurídico considera, frente a lo argumentado, que existe ya un marco jurídico regional que ofrece la necesaria protección al usuario de los servicios turísticos, por cuanto el estatuto del consumidor-usuario turístico se encuentra desarrollado abundantemente en la normativa regional sectorial, concretamente por la Ley 11/1997, ya citada, de Turismo de la Región de Murcia, que desarrolla sus derechos y la protección de los mismos, e inversamente las obligaciones de las empresas turísticas (Título III, artículo 44 y ss. y Título VI), y por los reglamentos que desarrollan los diferentes establecimientos turísticos de reciente aprobación (Decretos regionales 91/2005, de 22 de julio, por el que se regulan los establecimientos hoteleros, y 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales, etc.).

4ª) La consideración del turista como colectivo especial transforma en graves (artículo 30.1.c, según redacción del Anteproyecto) las infracciones previstas en la Ley 4/1996; sin embargo, en la Ley 11/1997, ya citada, la misma conducta podría ser sancionada como leve, introduciéndose las consiguiente distorsiones en el sistema punitivo regional.

II. El derecho a la representación, participación y consulta (artículo segundo del Anteproyecto).

Las Asociaciones son claros interlocutores en la representación de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, cuyo derecho a la participación a través de aquellas aparece recogido en el artículo 51 CE.

La regulación hasta ahora vigente, concretada en los artículos 14 a 19 de la Ley 4/1996, se caracteriza por su gran parquedad, habiendo afrontado el Anteproyecto la modificación de los citados artículos a través de una nueva redacción del Capítulo IV del Título I, en la que se destaca un catálogo de funciones y derechos de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, a la vez que se desarrolla la audiencia a las mismas en determinados procedimientos, y se establece una mesa de diálogo entre todas las asociaciones, sean más o menos representativas.

Sin embargo, varias son las cuestiones que suscita su regulación:

1ª) Definición y caracteres.

La nueva redacción del artículo 14, introducida por el Anteproyecto, comienza señalando que las Asociaciones y Organizaciones constituyen un cauce natural –que debería sustituirse por el más apropiado de “idóneo”–, de representación, participación y consulta de los consumidores y usuarios. Partiendo de tal premisa, el Anteproyecto distingue dos tipos: las Asociaciones de Consumidores constituidas al amparo de la Ley reguladora del

Derecho de Asociación (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo), y las surgidas al amparo de la legislación de cooperativas, en ambos casos, cuando tengan como finalidad la información, educación, formación, defensa y protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

En cuanto a la terminología, el Anteproyecto las agrupa bajo el nombre de Asociaciones y Organizaciones, si bien ambas pueden ser encuadradas bajo el común denominador de Asociaciones puesto que, tanto la legislación estatal, de aplicación básica en este aspecto (Ley 44/2006), las engloba bajo dicha denominación, como la Ley regional de Sociedades Cooperativas (Ley 8/2006, de 16 de noviembre), a la que remite la legislación estatal en las de ámbito autonómico también utiliza la expresión sociedad cooperativa. En consecuencia se entiende que sólo sería aplicable el concepto de organizaciones para identificar a las federaciones o agrupaciones de asociaciones de consumidores. Pero más importante para este Consejo Jurídico es que a la hora de definir el Anteproyecto (artículo 14.2,a) a las organizaciones amparadas en la LO 1/2002, se haya añadido a la finalidad (información, educación, formación, defensa y protección de los consumidores) el calificativo de “principal”, cuando la legislación estatal no lo particulariza (apartado ocho, artículo vigésimo bis,1, de la Ley 44/2006), siendo además una cuestión controvertida, decantándose algunos autores por una finalidad exclusiva, en tanto está predeterminada por su finalidad protectora y defensiva de los consumidores y usuarios, aconsejando su supresión. Distinto es el caso del segundo tipo (sociedad cooperativa), en el que la normativa estatal referida sólo especifica que, entre sus fines, figure necesariamente la información, educación, formación y defensa y protección de los derechos e intereses de sus socios, habiéndose ajustado el Anteproyecto a tal definición, y remitiéndose, en su constitución, a lo que establezca la legislación de cooperativas (el artículo 111 de la Ley regional 8/2006 establece que este tipo de sociedades de cooperativas debe estar constituido, al menos, por veinte socios).

En cuanto al segundo requisito del Anteproyecto consistente en la obligación de constituir un fondo para tales fines, en el caso de las sociedades cooperativas (un 15% de los excedentes netos de cada ejercicio económico), y dado que la ley estatal 44/2006 se remite en este aspecto a lo que determine la legislación autonómica específica, debería haberse justificado dicho porcentaje fundamentándolo en la Ley regional citada 8/2006, pues existen normas autonómicas que establecen el mismo porcentaje, y otras diferentes (un 10% o un 20%), sin que exista ninguna motivación a este respecto en el expediente.

2ª) Requisitos.

Se establece en la nueva redacción del artículo 14.3 que existirá un Registro de Asociaciones y Organizaciones de Consumidores y Usuarios, y que reglamentariamente se establecerán los requisitos y los derechos y obligaciones de las organizaciones inscritas.

El Consejo Jurídico considera que la inscripción en el Registro de Asociaciones y Organizaciones de Consumidores y Usuarios no sería a los efectos del nacimiento de su personalidad jurídica, pues dichas asociaciones están previamente constituidas con arreglo a su legislación citada (LO 1/2002, y Ley regional 8/2006), además de que el artículo 22.3 CE establece que la inscripción de las asociaciones debe serlo a los solos efectos de publicidad, sino para la adquisición del estatuto de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que supone el disfrute de los derechos previstos en la ley regional 4/1996, entre otros, el derecho de representación de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores (Dictamen núm. 186/2006 del Consejo Jurídico), de acuerdo con la legislación básica

estatal (apartado ocho, artículo vigésimo bis, 3, introducido por la Ley 44/2006), que viene a señalar:

“Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en esta Ley o en la normativa autonómica que resulte de aplicación, sólo podrán representar a los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

Se prohíbe utilizar los términos consumidor o usuario, la denominación de asociación de consumidores y usuarios, o cualquier otra expresión similar que induzca a error o confusión sobre su naturaleza o legitimidad para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, a aquellas organizaciones que no reúnan los requisitos exigidos en esta Ley o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación”.

En consecuencia, debería modificarse el artículo 14.3 en el sentido de recoger, como un requisito de la normativa regional, que se inscribirán en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, que se desarrollará reglamentariamente (de hecho se encuentra regulado por el Decreto 1/2006, de 13 de enero), sin perjuicio de que sea citada dicha inscripción en el apartado 16.3, aunque debería eliminarse la habilitación reglamentaria para determinar los derechos y obligaciones de las asociaciones inscritas, pues éstos ya se contienen en el Anteproyecto de Ley.

3ª) Derechos.

El artículo 15 de la Ley 4/1996, que modifica el Anteproyecto recoge un catálogo de derechos de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios –aunque los apartados a) y b) son más bien funciones, de ahí que convendría alterar el orden en el párrafo introductorio–, entre los que se cita el de ser oídas preceptivamente en consulta en las siguientes actuaciones:

- Procedimientos de elaboración de proyectos de ley, y de disposiciones administrativas de carácter general, que afecten a los intereses que representan.
- Procedimientos de fijación de precios y tarifas sujetos a control de las Administraciones Públicas de la Región de Murcia.
- Procedimientos de control o autorización por las Administraciones Públicas de la Región de Murcia de las condiciones generales de contratación de servicios de interés general prestados por particulares.
- Procedimiento de elaboración de condiciones generales de la contratación de servicios prestados por las Administraciones Públicas de la Región de Murcia, bien directamente o a través de empresas de capital mayoritariamente público.

Los dos últimos apartados han sido añadidos por el Anteproyecto a los supuestos ya previstos en la Ley 4/1996, lo que motiva la siguiente consideración.

La aplicación de esta audiencia en los procedimientos de elaboración de condiciones generales de la contratación de servicios prestados por las Administraciones Públicas de la Región de Murcia, bien directamente, o a través de las empresas de capital mayoritariamente público, viene a reproducir un precepto similar de la Ley 44/2006 aplicable en el ámbito supraautonómico.

Sin embargo, introduce cierta dosis de ambigüedad la previsión relativa a la audiencia en “los procedimientos de control o autorización por las Administraciones Públicas de la Región de Murcia de las condiciones generales de contratación de servicios de interés general prestados por particulares”, pues si lo que se pretende es hacer referencia a los supuestos de gestión indirecta de los servicios públicos por concesión a un empresario (artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), debería hacerse referencia al procedimiento de contratación y, más concretamente, a las actuaciones administrativas preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos (artículo 158 del citado Texto Refundido) antes de la aprobación del pliego de cláusulas administrativas y del de prescripciones técnicas, que especifican los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo. Por tanto, debería ser más preciso el Anteproyecto sobre el ámbito de aplicación de este supuesto.

Establecida la audiencia en los supuestos citados, el Anteproyecto especifica que ésta no será necesaria cuando en los correspondientes ámbitos haya sido oído el Consejo Asesor Regional de Consumo y, en el ámbito de sus competencias, los Consejos Municipales de Consumo, cuya redacción viene a despejar ciertas dudas que suscita el precepto en su actual redacción, que hace referencia a que el derecho de consulta se ejercerá preferentemente a través de los Consejos, sin que excluya la audiencia individualizada. Así, en nuestro Dictamen núm. 12/2005, señalamos: *“Existiendo, pues, en la Región el Consejo Asesor Regional de Consumo, es el órgano llamado preferentemente a hacer efectivo el derecho de consulta que corresponde a los consumidores y usuarios, en la elaboración de una norma que incide de forma clara sobre un cada vez más importante sector de dicho colectivo, los usuarios de alojamientos rurales. Su no intervención podría salvarse justificando y acreditando la consulta al conjunto de organizaciones de consumidores y usuarios, pero dicha justificación no consta en el expediente”*.

Asimismo, entre los derechos de las citadas Asociaciones, se enumeran también (artículo 15, g) tener presencia en los órganos de consulta y participación donde se conozcan asuntos que afecten directamente a los derechos de los consumidores y usuarios, de conformidad con las reglas de reparto que determine el Consejo Asesor Regional de Consumo.

Para materializar esta representación habría de tenerse en cuenta, en primer lugar, en cuanto al número de representantes de dichas Asociaciones, a lo que determine la reglamentación específica del órgano consultivo (si es un representante, o más de uno, de las Asociaciones de Consumidores más representativas) y, en segundo lugar, podría tenerse en cuenta el criterio previsto en el Anteproyecto, siendo operativo el que corresponda al Consejo Asesor Regional de Consumo el establecimiento, en ausencia de una candidatura única, de las reglas de reparto por vía de consenso, pues, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 111/2002: *“tocará a los poderes públicos en su función de promover, impulsar y facilitar el desarrollo del asociacionismo –y de esto es prueba el hecho de la presente consulta–, procurar la representatividad, ya dando los pasos para la finalidad federativa, ya, en otro caso, convocando a las asociaciones del sector para lograr, por vía del consenso, la candidatura única”*. Por ello debería sustituirse la redacción final por: *“de conformidad con las reglamentaciones específicas de los órganos de consulta, y con las reglas de reparto que determine el Consejo Asesor”*.

4ª) Prohibiciones.

El artículo 15.3 del Anteproyecto establece que el incumplimiento de algunas de las prohibiciones a las que están sometidas será causa de baja de la correspondiente inscripción

en el Registro de Asociaciones y Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia con la imposibilidad de volver a inscribirse en el plazo de cinco a siete años, en función de los perjuicios y la alarma social ocasionados.

Sin embargo, en la medida que el Anteproyecto no establece un listado de prohibiciones (salvo la divulgación dolosa, o con negligencia grave de datos erróneos), debería remitirse a las previstas en la legislación estatal para los Asociaciones de Consumidores de ámbito estatal o supraautonómico (artículo 21 de la Ley 26/1984, tras la modificación introducida por la Ley 44/2006), puesto que en este concreto aspecto la normativa estatal reenvía a las prohibiciones de la legislación que les resulte de aplicación.

Además, el Consejo Jurídico entiende que debería eliminarse el término inhabilitación, pues puede interpretarse como una extralimitación competencial (las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada, según el artículo 22.4 CE), teniendo en cuenta que, conforme al artículo 20.3 de la Ley 26/1984 en la redacción dada por la Ley 44/2006, aunque incumplan los requisitos de la normativa autonómica en la materia, sin embargo pueden seguir representando los intereses de sus asociados o de la asociación.

5ª) Legitimación procesal para la defensa de los intereses generales, colectivos o difusos.

El establecimiento de normas de legitimación activa de las asociaciones de consumidores es una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6 CE), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 15/1989 tantas veces citada).

A este respecto el artículo 11.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone: *“Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”*.

Ante la imposibilidad de identificar a todos los perjudicados con carácter previo a la interposición de la demanda, el legislador permite la tutela directa de todo el grupo en un mismo proceso, confiando la representación a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, pero exigiendo un requisito que no establece para los demás supuestos de legitimación (apartados 1 y 2 del artículo 11 precitado) consistente en que, conforme a la Ley, sean representativas.

En consecuencia el problema que se plantea es el de determinar qué asociaciones tienen la condición de representativas, puesto que la ley procesal no lo aclara, limitándose a establecer tal requisito.

En este contexto el artículo 14.5 de la Ley 4/1996 que añade el Anteproyecto viene a establecer: *“a los efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y siempre que el ámbito territorial de conflicto afecte fundamentalmente a la Región de Murcia, tendrán la consideración de asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios representativas aquellas que se integren en el Consejo Asesor Regional de Consumo”*.

El Consejo Jurídico considera que equiparar la participación en el Consejo Asesor con la noción de representatividad a efectos procesales para la defensa de los intereses difusos, aunque hay sido el criterio adoptado por la Ley 44/2006 para las de ámbito supraautonómico (artículo vigésimo segundo), implica una limitación al ejercicio de estas acciones,

que no se encuentra justificado en unos requisitos objetivos, puesto que si atendemos al Decreto regional 1/2006, ya citado, forman parte del Consejo Asesor Regional de Consumo exclusivamente las más representativas incluidas en la Sección Primera, excluyendo a otras que igualmente pudieran ser representativas para la defensa de los llamados intereses difusos, como las inscritas en la Sección Segunda (defensa de los intereses de consumidores y usuarios en relación con productos o servicios determinados), cuando conviene recordar que el artículo 11.3 LEC hace referencia a las Asociaciones representativas, no a las más representativas. Por ello, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 151/2006, sería aconsejable vincular la calificación de más representatividad únicamente a los efectos de la integración en el Consejo Asesor Regional de Consumo, y no para restringir el ejercicio de tales acciones. Por ello, el Consejo Jurídico aconseja no precipitarse en introducir restricciones, suprimiendo la limitación prevista en el apartado 5 (con independencia de que su participación en el Consejo Asesor, dada su condición de más representativa, constituya un elemento de prueba para acreditar dicha legitimación), al hilo de lo que sugiere alguna opinión doctrinal, que descarta que pueda establecerse un filtro administrativo en esta cuestión, correspondiendo al órgano jurisdiccional controlar tal exigencia.

El Tribunal Constitucional ha señalado con reiteración que el legislador puede limitar el acceso a la jurisdicción, pero que las normas deben ser interpretadas restrictivamente. Así en la STC 15/1989, ya citada, (F. Jurídico IV *in fine*) se manifestó en el sentido de otorgar la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses colectivos y difusos en los casos contemplados en la norma, sin restricciones a todas las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentren legalmente constituidas. En el mismo sentido la SAP de Burgos núm. 347/2006, de 31 de julio, recoge la citada doctrina constitucional, afirmando: “no es una limitación razonable ni proporcionada a dicho derecho fundamental la previa inscripción en un registro especial y la pertenencia a un Consejo consultivo”. También la SAP de Madrid núm. 71/2006, de 21 de febrero.

A mayor abundamiento, el TC ha destacado que al conceder el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen al atribuir la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (sentencia núm. 219/2005, de 12 de septiembre, por la que se resuelve un recurso de amparo promovido por una asociación de consumidores).

Por último, en relación con el mandato dirigido a la Administración (artículo 16.1) de que fomente el fortalecimiento del movimiento social consumerista en referencia al movimiento cuyas bases son el consumo responsable y el conocimiento de los derechos de los consumidores frente a los abusos de cualquier tipo, cabría matizar que el término “consumerista” hace referencia a quienes integran dicho movimiento social, que en realidad es denominado “consumerismo”. En todo caso sería más adecuado sustituir esta última denominación por la nota característica de estos movimientos, es decir el consumo responsable.

III. Órganos consultivos de la Administración regional (artículo segundo del Anteproyecto).

Otra finalidad del Anteproyecto es la potenciación de órganos de participación intersectorial, interasociativo e interadministrativo en materia de consumo. Para ello se configura el Consejo Asesor Regional de Consumo (artículo 17) no sólo como un órgano de carácter consultivo, sino también de participación, coordinación, diálogo y concertación en materia

de consumo, en el que se integran también las Administraciones municipales, y los equivalentes Consejos Municipales de Consumo en el ámbito local (artículo 18), a la par que se crean *ex novo* una suerte de grupo de trabajo (Mesa) entre todas las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que sirva de herramienta de comunicación entre ellas (artículo 19) y, finalmente, una Conferencia interadministrativa de cooperación entre la Administración regional y las Entidades Locales en las materias reguladas en la Ley, adscrita a la Consejería competente en materia de defensa del consumidor y usuario (artículo 50 añadido por el artículo sexto del Anteproyecto).

En la medida en que se configuran nuevos órganos colegiados han de contrastarse las previsiones del Anteproyecto con la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004), así como con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En tal sentido, el artículo 23 de la Ley 7/2004 dispone que en la norma de creación deben establecerse sus fines, su integración administrativa, la composición y criterios para su designación, funciones y la dotación de créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

En lo que concierne al Consejo Asesor Regional de Consumo, el artículo 17 del Anteproyecto recoge sus fines, la previsión de los ámbitos de pertenencia de sus componentes, así como aparecen esbozados los criterios para determinar los representantes de los consumidores y usuarios en el mismo. No se concretan específicamente las funciones, aunque se infieren de otros preceptos del Anteproyecto, concretamente del artículo 15,1, f), sobre la audiencia en determinados procedimientos. Asimismo se le podría encomendar la función de informar preceptivamente los planes sectoriales de coordinación a los que hace referencia el artículo 51 del Anteproyecto.

No se habilita específicamente a un órgano para su desarrollo reglamentario (apartado 3), por lo que correspondería al Consejo de Gobierno ejercitar la potestad reglamentaria en los términos previstos por el artículo 22.12 de la Ley 6/2004.

Sin embargo el Consejo Jurídico debe realizar alguna observación, en orden a la autonomía local, cuya autoorganización es reconocida constitucionalmente, en lo referente a la determinación de que el Consejo Asesor Regional de Consumo pueda asumir las funciones atribuidas legalmente a los Consejos Municipales de Consumo en aquéllos municipios donde no se creen, pues, según establece el artículo 10.3 LBRL, las funciones de coordinación no afectarán en ningún caso a la autonomía de las Entidades Locales, reproducido por el artículo 76.3 de la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia.

Ciertamente el Anteproyecto puede establecer que los municipios han de impulsar la creación de Consejos de Consumo de ámbito local, como órganos consultivos en el diseño y aplicación de las políticas públicas locales que afecten al ámbito de la defensa del consumidor y usuario, (artículo 18.1), pero no imponer la sustitución obligatoria del Consejo Asesor Regional de Consumo como si fuera un órgano consultivo de carácter local, y para asesorar en la aplicación de las políticas municipales en la materia, por cuanto compete a dichas Administraciones la puesta en marcha de los citados órganos (artículo 11 LPAC) como consejos sectoriales, según lo previsto en el artículo 36 de la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia, sin olvidar que la cooperación administrativa entre la Administración regional y local, en servicios locales o en asuntos de interés común, debe desarrollarse con carácter voluntario (artículo 57 LBRL); además, aun cuando no se constituyeran por

las Entidades Locales dichos órganos consultivos estarían obligadas, en todo caso, a otorgar audiencia a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en los procedimientos previstos por el Anteproyecto.

De otra parte se coincide con el CESRM en la observación de que participen en dichos Consejos, además de las Asociaciones que formen parte del Consejo Asesor Regional de Consumo, las más representativas de su ámbito territorial, siendo tal previsión más respetuosa con las competencias de los entes locales (artículo 55 LBRL).

Asimismo cabe realizar una observación de índole menor al artículo 17.1 del Anteproyecto: debería sustituirse la expresión “Existirá el Consejo...” por “Se configura el Consejo...”, dado que actualmente está creado, aunque el Anteproyecto amplíe sus funciones.

Nos referiremos finalmente a la Conferencia Interadministrativa de Cooperación de Consumo, como órgano de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración regional y las Administraciones locales en las materias reguladas en esta ley (artículo 50 de la Ley 4/1996, redactado por el artículo sexto del Anteproyecto), que se asemeja, pero en el ámbito regional, a las Conferencias Sectoriales previstas en el artículo 5 LPAC para la cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. La legislación de régimen local (artículo 58 LBRL) permite ciertamente que las leyes de las Comunidades Autónomas puedan crear, para la coordinación interadministrativa, órganos de colaboración de las Administraciones correspondientes con las Entidades Locales, si bien se indica que serán únicamente deliberantes o consultivos, carácter que debería trasladarse al artículo 50 que comentamos, a la vista del listado de competencias que se le asigna, algunas de ellas redactadas como si se tratara de un órgano con competencias decisorias (armonizar criterios en la elaboración de ordenanzas municipales, etc.). Por otra parte, su carácter paritario (artículo 50.3) no concuerda con el hecho de que se adscriba a la Consejería con competencias en materia de defensa del consumidor, y por ende participe de su estructura jerárquica, sin perjuicio de que debe quedar integrado en la Administración Autonómica, conforme al artículo 22.2 LPAC. Además, los acuerdos que se adopten para la prestación de los servicios de interés local, o la atención de asuntos de interés común (artículo 80 de la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia) deben ser asumidos voluntariamente, pudiendo formalizarse mediante convenios administrativos (artículo 5 de la Ley 7/2004), debiendo plasmarse tales características en el Anteproyecto. Por otra parte, el artículo 50.3 del Anteproyecto establece que su composición y régimen de funcionamiento se regularán reglamentariamente, cuando por la naturaleza paritaria e interadministrativa del órgano colegiado, debería indicarse que establecerá sus propias normas de funcionamiento (artículo 22.2 LPAC); en cuanto a su composición debería determinarse en la propia Ley, desprendiéndose de su cometido que estará integrado por todos los Ayuntamientos de la Región y la Consejería competente en la materia.

Por último, y respecto a los planes sectoriales de coordinación con los entes locales, debería concretarse el órgano competente para su aprobación, correspondiendo al Consejo de Gobierno conforme a lo establecido en la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia.

IV. Potenciación de los instrumentos administrativos para la protección de los consumidores y usuarios (artículo tercero del Anteproyecto).

Dentro de este bloque se consideran los aspectos del Anteproyecto que afrontan la adopción de medidas de reacción preventivas ante situaciones de riesgo, la labor de mediación y la labor inspectora.

1ª) Medidas preventivas administrativas.

El deber general de no lesionar, ni poner en peligro la salud y la integridad física de las personas, es una pieza clave y tradicional de diversos sectores de nuestro ordenamiento, reconociéndose como un derecho básico de los consumidores la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad (artículo 2 de la Ley 26/1984). Para concretar y hacer efectivo aquel deber se ha dotado desde siempre de extensas potestades a las Administraciones Públicas, sobre todo a través de la normativa sanitaria; así, los artículos 25 y 26 de la Ley General de Sanidad establecen, respectivamente, que cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente con el objeto de eliminar aquélla, y en el caso de que exista o se sospeche de un riesgo inminente extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de sus productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresa o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales, y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. La duración de tales medidas no debe exceder de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario.

También el artículo 6 bis de la Ley 26/1984, añadido por la Ley 44/2006, establece, en ejercicio de las competencias básicas en materia de sanidad, que *“ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, las administraciones públicas competentes podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas”*. Conviene también recordar la Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, incorporada al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1801/2003, sobre seguridad general de los productos.

En su desarrollo, el artículo 20.4 del Anteproyecto establece que, ante situaciones de riesgo inaceptable para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, o de lesión real de sus intereses económicos y sociales, o de aspectos sustanciales del derecho a la información, las Administraciones Públicas competentes en materia de defensa del consumidor y usuario deberán adoptar, con la máxima celeridad e incluso inmediatamente, las medidas adecuadas, proporcionadas y estrictamente necesarias para eliminar o reducir dicho riesgo o lesión.

El Consejo Jurídico considera que, con independencia de la atribución genérica al órgano competente en materia de consumo para la adopción de estas medidas preventivas, por su condición de norma aglutinadora de la protección al consumidor, debería dejarse expresa constancia en el precepto que, todo ello, sin perjuicio de las competencias que ostenten otros órganos, en virtud de normas sectoriales que también tenga como finalidad la protección del consumidor.

En otro orden de ideas, y como la Ley estatal 44/2006 permite, en el caso de situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores, incluso la compulsión directa (artículo sexto bis que se incorpora a la Ley 26/1984), deben tenerse en cuenta por la Consejería consultante, a la hora de aplicar estas medidas preventivas, las restricciones a los derechos fundamentales, pues corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública, e impliquen privación o restricción de la libertad

o de otro derecho fundamental (artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

2ª) Mediación.

El artículo 20 bis de la Ley 4/1996, según la redacción del Anteproyecto, crea el denominado Sistema Regional de Mediación de Consumo en el que se integran los servicios de mediación de consumo de la Administración regional, de las Administraciones municipales, de las asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios, y de cualesquiera otras entidades públicas o privadas. Este sistema, según el Anteproyecto, se regirá por los principios básicos establecidos en dicho precepto y por la normativa que lo desarrolle. A tales efectos entiende por “*mediación de consumo*” al procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos entre consumidores y los operadores económicos, voluntariamente solicitado, en el que interviene un tercero, que asesora, orienta y asiste a las partes con la finalidad de facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo, remitiendo a posterior desarrollo reglamentario las causas de finalización de la mediación; este tercero, mediador de consumo, está sometido al secreto profesional y a los principios de independencia e imparcialidad, debiendo inscribirse para poder adquirir tal condición en el Registro de Mediadores de Consumo que reglamentariamente se cree.

La totalidad de las leyes autonómicas similares en la materia (incluso las de reciente aprobación) han optado por limitarse a indicar que las Administraciones públicas propiciarán la solución de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos (por ejemplo, artículo 24 de la Ley 3/2003, de 12 de febrero, de Canarias; artículo 14 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, de Castilla La Mancha; artículo 36 de la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 20 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de la Comunidad de Aragón) y, algún caso, la previsión de que en los procedimientos de las reclamaciones se fomentará la mediación.

En consecuencia, por razones de cautela y ante la competencia estatal sobre las soluciones extrajudiciales en materia de consumo, se aconseja la redacción de este precepto de modo similar a la normativa de las otras Comunidades Autónomas. En todo caso la solución extrajudicial de los conflictos debería remitirse a la normativa estatal, sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma, a través del Anteproyecto, pueda regular un procedimiento para tramitar las reclamaciones de los consumidores en el que se contemple la mediación.

También plantea importantes lagunas la creación por parte del Anteproyecto de un Sistema Regional de Mediación de Consumo, integrando los servicios de mediación de consumo de la Administración regional, de los Ayuntamientos, de las asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios, y de otras entidades públicas y privadas, por cuanto:

- ¿A qué efectos se produce la integración en dicho Sistema Regional?
- ¿Con qué habilitación cuenta la Administración regional para integrar en dicho sistema de carácter esencialmente público a otros mediadores creados por entidades privadas en el seno de su actividad empresarial?
- ¿Cuál es su relación con el sistema arbitral de consumo?

3ª) Inspección de Consumo.

Otro de los objetivos destacados de la reforma es la potenciación de las funciones y facultades de la Inspección de Consumo que desarrolla el Anteproyecto, dando nueva redacción a los artículos 22 a 24 de la Ley 4/1996.

En líneas generales se sigue la pauta del resto de normativas autonómicas en la materia, si bien se introducen por el Anteproyecto ciertas peculiaridades que deben ser objeto de consideración específica por parte del Consejo Jurídico:

– Se amplía el ámbito material de la Inspección de Consumo, de forma que no sólo recae sobre productos, bienes y servicios que se ofrecen, estén destinados a ofrecerse, o que razonablemente es previsible que puedan ser utilizados por los consumidores y usuarios, sino también los establecimientos, el personal, las materias primas y cualesquiera otros elementos que se utilicen para su producción, distribución, comercialización o prestación. También será objeto de inspección de consumo la perfección y ejecución de los contratos entre los consumidores y empresarios o profesionales, en cuanto en ello estén implicados los deberes impuestos a las Administraciones Públicas por la ley regional.

A la vista de la descripción de su ámbito de actuación, es fácilmente perceptible la posibilidad de entrecruzarse con otras funciones de órganos inspectores en ejercicio de competencias previstas en normas sectoriales conectadas con el consumo, en la medida que la Inspección de Consumo no sólo se contrae a la última fase de comercialización, es decir, cuando se encuentran a disposición del consumidor, sino también con anterioridad. Para solucionar tal eventualidad el Anteproyecto especifica que se realizará en aquellas fases o ámbitos donde no existan inspecciones administrativas con finalidades concurrentes, como las de carácter sanitario.

No obstante, aun cuando, en ejercicio de la potestad autoorganizativa, la Administración se haya decantado por esta atribución genérica a la Inspección de Consumo, sin concretar fases (producción, comercialización, etc.) para su adecuado deslinde con otras, debería recogerse expresamente al final del artículo 22.1 que, “sin perjuicio de las inspecciones que, para ciertos sectores o aspectos, correspondan a otras Administraciones Públicas o a otros órganos o servicios de la propia Administración regional”, lo que permitirá conectar dicho párrafo con los siguientes (2 y 3), que se refieren también a la coordinación con otras inspecciones.

También se prevé que la actividad de inspección se realizará preferentemente sobre aquellos bienes, productos y servicios considerados como de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Se sugiere también, al igual que se ha previsto en alguna norma autonómica, que se recoja como otro criterio preferencial para la inspección de consumo a los colectivos que son objeto de una tutela especial por parte de la Ley 4/1996.

a) Sobre el estatuto del Inspector de Consumo.

En el vigente artículo 23 el Inspector de Consumo es considerado como agente de la autoridad a todos los efectos, mientras que en el Anteproyecto se modifica tal extremo en el sentido de considerarlo como autoridad, presumiblemente por otorgarle la facultad de acordar provisionalmente, en los casos de urgencia, la adopción de medidas provisionales. Sobre este tema no existe unanimidad en las legislaciones autonómicas de contenido similar, existiendo las que lo consideran como agente de la autoridad (artículo 11.2 de la Ley 11/2005, de Castilla La Mancha ya citada), y las mayoritarias como autoridad (artículo 30.2 de la Ley 7/2006, de la Comunidad Foral Navarra); en todo caso, y aunque no difieren realmente en sus competencias por la adopción de uno u otro estatuto, parece más acertado su consideración como agente de la autoridad, en tanto les corresponde la vigilancia, control e inspección de establecimientos, industrias, actividades, productos o servicios destinados a los consumidores.

Entre sus funciones se encuentran la de adoptar provisionalmente, en los casos de urgencia, aquellas medidas a las que se refiere el artículo 20.4 (provisionales) que sean imprescindibles para la protección del derecho a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, con sometimiento al régimen establecido en el artículo 72 LPAC. Dicha remisión implica que dichas medidas provisionales deben ser confirmadas, modificadas o levantadas por el órgano competente en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que debería realizarse en el plazo de quince días, razones que abundan en la necesidad de tramitar un procedimiento ya indicado cuando de aquellas medidas provisionales se trata, y no hayan sido adoptadas en el seno de un procedimiento sancionador.

En cuanto a la toma de muestras, se coincide con el CESRM en la conveniencia de mantener en el Anteproyecto el reconocimiento de una red de laboratorios (artículo 24 de la Ley 4/1996), en donde se puedan realizar las pruebas periciales analíticas, ensayos y controles de calidad sobre los productos de consumo, a las que hace referencia, por otra parte, el artículo 50,g) del Anteproyecto.

b) Formalización de las actuaciones inspectoras y valor de las actas de inspección.

El artículo 24.2,f) del Anteproyecto exige, en todo caso, que se formalice un acta cuando se ejerzan las potestades de acceso a locales cerrados, debiendo especificarse también en este apartado que cumpliendo lo previsto en el artículo 91 de la LO del Poder Judicial (*“Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración”*).

SEXTA.- La especial protección de los usuarios en los servicios de interés económico general (artículo quinto del Anteproyecto).

El Anteproyecto introduce un nuevo título destinado a la especial protección de los usuarios de servicios de interés económico general. Este concepto de “servicios de interés económico general” es una creación del derecho comunitario, ante las diferencias de los países integrantes de la Unión en la configuración de intervención de aquellas actividades que tienen mayor trascendencia para los intereses generales, pretendiendo dar cabida al mayor número de supuestos posibles. Así, el artículo 16 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, conforme a la redacción de la versión consolidada tras la modificación del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, y de Niza, de 26 de febrero de 2001, establece:

“Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán porque dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que le permitan cumplir su cometido”.

El artículo 45 del Anteproyecto define, a los efectos de esta Ley, a los citados servicios de interés económico general como aquellos servicios de naturaleza económica, sometidos a la disciplina de mercado, a los que la normativa estatal o autonómica imponga determinadas obligaciones de servicio público por considerarlos de interés general. En particular se califican (término que debería sustituirse por “se consideran” puesto que están reconocidos como tales por las instancias europeas) como servicios de interés económico general a los servicios de transporte de viajeros, los servicios eléctricos y de gas, los servicios de

telecomunicaciones y los servicios postales. Añade el texto que la inclusión de nuevos servicios públicos a este listado requerirá de una calificación expresa realizada por Decreto de Consejo de Gobierno que podrá igualmente modificar la aquí prevista con sometimiento, en ambos supuestos, a la noción dada de este precepto.

A dicha redacción, el CESRM ha objetado que es excesivamente ambigua y puede dar lugar a una gran inseguridad jurídica, por lo que propone que se recoja una definición más taxativa en relación con los servicios a los que presumiblemente se refiere; por ello, de acuerdo con la denominación utilizada por la estatal Ley 44/2006, habría que hacer referencia a los contratos de prestación de servicios, o de suministro de bienes de tracto sucesivo, a los que, en realidad, se extiende la protección especial de los usuarios, conforme al precitado artículo 45: los servicios eléctricos y de gas, los servicios de telecomunicaciones, los servicios postales y los transportes. También podrían encuadrarse gran parte de los derechos de los usuarios recogidos en el artículo 46 del Anteproyecto dentro del capítulo de la protección de los intereses económicos de los consumidores, previstos en el artículo 8 de nuestra Ley regional, como lo hacen la totalidad de las normas autonómicas de contenido similar; por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 13/2003, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; artículo 10 de la Ley 1/2006, de Defensa de los Consumidores de Cantabria; artículo 9 de la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, de Castilla y León.

Los servicios citados por el texto son regulados por normas estatales, que establecen las distintas obligaciones de los operadores y derechos de los usuarios:

- Sector de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre).
- Sector eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre).
- Servicios Postales (Ley 24/1998), de 13 de julio.
- Sector del gas (Ley 34/1998, de 7 de octubre).
- Transportes terrestres cuya competencia corresponda al Estado (Ley 16/1987).

¿Con qué finalidad se relacionan estos derechos en el artículo 46? El artículo 47 del Anteproyecto establece que las Administraciones Públicas con competencias en materia de consumo, sin perjuicio de otras que protejan a los usuarios de estos servicios, velarán por su respeto y adoptarán las medidas precisas para su efectividad y garantía, habiéndose tipificado como infracción las conductas que las incumplan, lo que será objeto de consideración posteriormente. Por tanto, desde el punto de vista de su finalidad, ciertamente su regulación entra en la vertiente jurídico pública de las competencias en materia de consumo.

La otra cuestión que cabría plantearse es si el catálogo de derechos enumerados en el artículo 46 introduce un *novum* en las obligaciones contractuales, vetado por la jurisprudencia constitucional para las Comunidades Autónomas o, por el contrario, se limita a relacionar los derechos de los consumidores y usuarios de estos servicios recogidos en la normativa sectorial correspondiente para adoptar las medidas de protección anteriormente descritas, es decir, con una finalidad instrumental.

A este respecto el Consejo Jurídico los encuadraría como una especificación del derecho esencial de los consumidores y usuarios a la protección de sus legítimos intereses económicos (artículo 3.2 de la Ley 4/1996), si bien aparecen como un conjunto aplicable a todos los servicios de interés económico general enumerados, cuando algunos de estos derechos no se establecen de forma uniforme en todas las reglamentaciones de los servicios regulados

por normas estatales (por ejemplo, las compensaciones por suspensiones, interrupciones, o retrasos en la prestación del servicio), y tampoco se tienen en cuenta determinadas peculiaridades en la prestación de determinados servicios (por ejemplo, los postales).

En cuanto al catálogo de derechos (artículo 46), algunos no dejan de ser plasmación de su consideración de servicios públicos, y de su carácter de servicio universal de acuerdo con la concepción comunitaria, como complemento básico de la liberalización del mercado: acceder al servicio en un plazo razonable y en condiciones de igualdad (apartado a), y a la continuidad de la prestación (apartado b). Otros responden a la concepción de servicios liberalizados (apartado d): libertad de elección entre los distintos prestadores del servicio existentes y a que se respeten las reglas de la economía de mercado.

Muchos de ellos no dejan de ser especificación, o reiteración, de otros derechos ya recogidos en la Ley 4/1996, o en la normativa sectorial correspondiente: el derecho a una información veraz, eficaz y suficiente de las condiciones de prestación recogido en el apartado e (artículo 9 de la Ley 4/1996, o artículo 8.3 de la Ley 26/1984, conforme a la redacción de la Ley 44/2006), o a que los contratos no contengan cláusulas abusivas, conforme al apartado j (artículo 8,i) de la Ley 4/1996 y artículo 10.1,c de la Ley 26/1984), o a que sus consultas sean atendidas por el prestador del servicio de manera eficaz, efectiva y sin coste alguno (la gratuidad está expresamente prevista en el Real Decreto 424/2005, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas), y en particular cuando el prestador utilice medios telefónicos, informáticos o telemáticos, deberá garantizar una atención personal directa (artículo 13.4 de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la Ley 44/2006), recogido también en el apartado n). Asimismo el derecho a una información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios (apartado f), a abonar las tarifas o precios establecidos o pactados (apartado h), y a no abonar el coste ni soportar gastos por servicios no solicitados (apartado i), no dejan de ser plasmación del derecho de protección de los intereses económicos de los consumidores recogido con carácter general en la Ley 4/1996.

Sin embargo, en cuanto al derecho a resolver el contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o carga onerosa o desproporcionada (apartado k), se reproduce lo previsto en la Ley 44/2006, por lo que debería señalarse que de conformidad con lo previsto en la normativa estatal.

Por último, el apartado ñ) hace referencia a que los consumidores tienen derecho a que sus controversias con los prestadores de servicios sean resueltas a través de procedimientos rápidos y gratuitos, preferentemente de carácter extrajudicial. Se está enunciando en este apartado un principio de eficacia, recomendado por las instancias europeas (Recomendación de la Comisión 1998/257/CE, de 30 de marzo, sobre principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo) para cuyo aseguramiento se recomienda la gratuidad del procedimiento, o la fijación de costes moderados, si bien la redacción tan general podría ser interpretada como una extralimitación competencial, en atención a las competencias estatales sobre la legislación procesal, debiendo limitarse a recoger la gratuidad de los mecanismos extrajudiciales en materia de consumo, si bien el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que regula el sistema arbitral de consumo, establece ciertas excepciones en lo que concierne a los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte (artículo 13.3).

SÉPTIMA.- El régimen sancionador y las medidas de restablecimiento de los derechos de los consumidores y la legalidad alterada por la infracción (artículo cuarto del Anteproyecto).

I. Régimen Sancionador.

Dentro del ámbito de los consumidores, la multiplicidad de instrumentos represivos de las posibles conductas que infrinjan sus derechos queda patente en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, el Código Penal de 1995 sistematiza la protección jurídica penal del consumidor (Título XIII, Capítulo XI, Sección 3ª, con la rúbrica “*De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*”, y Título XVII, Capítulo III, con la rúbrica “*De los delitos contra la salud pública*”). Por otro se encuentra nuestro Estatuto de Protección de los Consumidores, cuyo régimen sancionador trata de potenciar el Anteproyecto con una extensa reforma que incorpora nuevos ilícitos administrativos, y la aplicación de un nuevo sistema para la graduación de las sanciones. Además, dado el carácter horizontal de la protección de los consumidores, se dispone de otras conductas tipificadas por la normativa sectorial con finalidad de protección del consumidor en el sector material correspondiente (sanidad, turismo, vivienda, comercio interior, etc.).

En materia sancionadora el Anteproyecto ha completado la tipificación existente con conductas más concretas acerca de determinados ilícitos, lo que redundará en el principio de seguridad jurídica, pero se observa una falta de depuración con las anteriormente previstas en la ley regional, que se acomodó en gran medida a la clasificación prevista en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de julio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, puesto que algunos incumplimientos que ahora se sancionan ya figuran subsumidos en otros existentes, aunque con una redacción distinta. Así, por ejemplo, el artículo 25.9 de la Ley 4/1996 prevé como infracción toda publicidad que, de cualquier forma, incluida la presentación, induzca a error o sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige. Dentro de este tipo se subsumiría la publicidad engañosa o subliminal, que ahora se adiciona por el Anteproyecto en el apartado 18 del mismo artículo. Del mismo modo, el artículo 27, sobre infracciones en materia de normalización, documentación y condiciones de venta, se han incorporado nuevos ilícitos atinentes al incumplimiento del etiquetado de ciertos símbolos (apartado 13), cuando en su apartado 4 se recoge igualmente el incumplimiento de las normas sobre etiquetado. Además se observa la necesidad de una revisión de la clasificación de las infracciones por grupos, a la vista de las nuevas conductas tipificadas, lo que evidencia también la necesidad de una revisión de la Ley 4/1996 en su conjunto, mediante una norma sustitutoria de la vigente, de acuerdo con lo señalado en la Consideración Cuarta, apartado 1.

1ª. Supuestos tipificados en la reforma y clasificación de las infracciones:

a) Dentro de la clasificación recogida en la Ley 4/1996, en el apartado de infracciones por alteración, adulteración, fraude o engaño, se tipifican cinco nuevas conductas, respecto a las que se realizan las siguientes observaciones:

–En el artículo 25, apartado 14, debería sustituirse el término “imputado”, propio del ámbito penal, por infractor o sujeto responsable.

–Debería añadirse al artículo 25, apartado 18, además de la publicidad subliminal, la engañosa, pues específicamente la Ley General de Publicidad (artículo 4) la define como aquella que, de cualquier manera, induce o puede inducir a error de sus destinatarios,

pudiendo afectar a su comportamiento económico, así como la que silencie los datos fundamentales de los bienes y servicios.

b) En el artículo 27.9 del Anteproyecto, entre las infracciones en materia de normalización, documentación y condiciones de venta y en materia de suministros o de prestación de servicios, se tipifica la conculcación de los derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general recogidos en el Anteproyecto. Sin embargo, debería delimitarse con mayor precisión la conducta infractora, teniendo en cuenta la excesiva generalidad con que se configura el ilícito. A mayor abundamiento, el incumplimiento de algunos derechos a los que se remite ya se encuentran tipificados en otros apartados de la Ley (por ejemplo, el incumplimiento del derecho a una información veraz, o cuando se incumpla el abono de los precios autorizados por la Administración, o los presupuestados). Además algunos de estos derechos (por ejemplo, a obtener información por parte de los órganos con competencias en materia de consumo, o que las controversias sean resueltas por procedimientos rápidos o gratuitos) difícilmente pueden ser subsumibles en un ilícito administrativo, al igual que otros, como el derecho a la libertad de elección entre los distintos prestadores del servicio, y a que se respeten las reglas de la economía de mercado, pues, por su generalidad, se considera que no cumplen las exigencias del mandato de tipificación, que exige que las conductas ilícitas no tengan un contenido vago, impreciso o incierto (STC 120/1996, de 8 de julio). En todo caso, debería añadirse al final del párrafo “recogidos en esta Ley y de acuerdo con su normativa específica”, que es la que modula el alcance de los precitados derechos en cada servicio.

c) En el artículo 27.10 se tipifica el incumplimiento por los agentes de la edificación de las normas dictadas para la protección y defensa de los adquirentes de bienes inmuebles destinados a vivienda; también la oferta, venta y alquiler de viviendas que incumpla el Código Técnico de Edificación o reglamentación equivalente, cuando se produzca un perjuicio real en algunos de los derechos esenciales reconocidos al consumidor y usuario en la ley regional.

Este ilícito está necesitado de la correspondiente concreción, que viene dada, en parte, por las conductas tipificadas en la Ley regional 8/2005, ya citada, para calidad en la Edificación en la Región de Murcia, en desarrollo de las exigencias de Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que establece como infracciones (artículo 28), por ejemplo, la falta de garantías y aseguramiento obligatorio de los edificios, la no realización de la obligatoria transmisión documental de acuerdo con la normativa estatal, etc., además de otras exigencias exigidas por el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, por el que se protege a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa o arrendamiento de vivienda. El incumplimiento del Código Técnico de Edificación, que constituye el marco normativo por el que se regulan las exigencias de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos de seguridad y habitabilidad, nos sitúa en el ámbito sancionador específico de la Ley regional 8/2005, correspondiendo las competencias para sancionar, de acuerdo con dicha ley, al consejero y director competente en materia de vivienda; por ello debería reestudiarse su inclusión en el ámbito de aplicación del Anteproyecto.

d) En el artículo 28.1 del Anteproyecto, incluido en un grupo residual de infracciones, se ha ampliado el tipo “la resistencia, negativa u obstrucción a las labores de inspección” tanto del inspeccionado como de los terceros, coincidiendo este Consejo con el CESRM en que la actuación de un tercero presenta grandes dificultades para su tipificación, pues si lo que se

pretende es que al sujeto responsable se le sancione también por la conducta de un tercero, ello conllevaría una conculcación del ordenamiento jurídico sobre el régimen de responsabilidad, en tanto es al sujeto responsable al que le compete el cumplimiento de la normativa, y los terceros limitan su actuación, conforme al artículo 23.2,d), a aportar los datos que resulten útiles para la investigación. Por otra parte, esta posibilidad de recabar datos por parte de la Administración de terceros no los convierte, sin más, en sujetos responsables de una obligación, pues los infractores son los establecidos por el artículo 32 de la Ley regional.

e) En el artículo 28.8 del mismo artículo se ha introducido una cláusula residual que viene a establecer que se considerará infracción cualquier otra conducta de incumplimiento de los deberes, prohibiciones o requisitos establecidos legal o reglamentariamente. Al hilo de lo expuesto conviene trasladar a la Consejería consultante que las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente, pero sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla. Por ello convendría dar una redacción alternativa a este apartado similar a la siguiente: “Cualquier otra conducta de incumplimiento (...) establecida en la presente ley, y en las disposiciones que la desarrollan”. Además se coincide con el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante en que carece de justificación que se vincule la comisión de una infracción por cualquier otro incumplimiento previsto en la Ley, o reglamentariamente, a que no se realicen las correcciones oportunas, tras el oportuno requerimiento, pues esta última circunstancia será determinante para la graduación de la sanción, pero no para la determinación de la infracción cometida.

2ª. Respecto a la calificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, se observa en algún supuesto la introducción de apreciaciones subjetivas, así cuando se dice muy superior, por ejemplo, en el artículo 31.f), sobre infracciones muy graves, con evidente imprecisión, como señaló el órgano preinformante, cuando resulta innecesario, ya que se establece un requisito objetivo para su aplicación (beneficio ilícito global superior a los 50.000 euros). Al hilo de lo expuesto se coincide igualmente con el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en relación con el artículo 30.1e) que tipifica como grave la circunstancia de haber obtenido un beneficio ilícito superior a 5.000 euros, que no existe ningún límite para ser considerada como muy grave, salvo cuando se refiera a la aplicación de precios o márgenes comerciales a lo que nos hemos referido al inicio de este párrafo.

3ª. En los artículos 30.1, f) y 31,e) del Anteproyecto se tipifican como infracciones graves y muy graves la reincidencia en la comisión de una infracción, si bien ambos tipos se refieren a la realización de una nueva conducta, de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen núm. 25/2007), es decir, que el tipo infractor no consista en la mera circunstancia de haber sido sancionado, pues ello no puede dar lugar *per se* y sin más a una nueva infracción.

4ª. En cuanto a la graduación de las sanciones, el Anteproyecto ha establecido una serie de criterios, a través de la fijación de tramos en la imposición de multas, que es merecedor de una valoración muy positiva por parte del Consejo Jurídico en tanto limita la discrecionalidad administrativa. No obstante, se han atribuido dos facultades al órgano competente para sancionar, que son merecedoras de la siguiente observación:

- El artículo 34.4,a) recoge que cuando sean varias las circunstancias atenuantes se sancionará en la cuantía mínima de dicha mitad, pudiendo llegar en supuestos muy cualificados a sancionarse conforme a lo previsto para las infracciones inmedia-

tamente inferiores en gravedad. Pero podría plantearse que esta posibilidad para sancionar como infracción inmediatamente inferior en gravedad (se dice en supuestos “muy cualificados” aunque no se concretan) podría conllevar que el órgano competente para imponerla fuera otro, según las competencias expresadas por el Anteproyecto.

- El mismo y otros problemas suscita el artículo 34.6 del Anteproyecto, que tratando de plasmar el principio de proporcionalidad que ha de regir en la imposición de sanciones (artículo 131.3 LPAC), prescribe que, cuando exista una desproporción manifiesta entre la sanción que ha de imponerse y la capacidad económica del infractor, el órgano sancionador puede excepcionalmente acordar la aplicación del marco sancionador correspondiente a las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad.

Sin embargo el Consejo Jurídico considera, en el entendimiento de que el principio de proporcionalidad es la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, que la capacidad económica del infractor puede tenerse en cuenta a la hora de aplicar la sanción correspondiente en su grado mínimo, como establece el precepto, pero no excepcionar singularmente el régimen de infracciones y sanciones como parece desprenderse del último párrafo, en contra del principio de tipicidad (artículo 129 LPAC).

En otro orden de ideas podría haberse aprovechado la reforma para sustituir en la Ley vigente las cantidades expresadas en pesetas por euros (por ejemplo, en el artículo 39), lo que podría efectuarse a través de una Disposición Adicional que hiciera referencia a las cantidades que sustituyen a las previstas en pesetas, en relación con los preceptos afectados.

Por último tampoco se establecen reglas para el supuesto de que la conducta del infractor sea subsumible en varias infracciones.

5ª. Responsables de las infracciones.

Uno de los dos apartados que se adicionan al artículo 32, concretamente el 9, establece que será responsable subsidiario de las sanciones pecuniarias la persona o entidad que, mediante participaciones u otros mecanismos societarios o jurídicos, controle o dirija las actividades de la responsable principal de la infracción. A este respecto cabría matizar que siempre y cuando no se les considere coautores, pues en tal caso se les estaría exigiendo una responsabilidad inferior a su participación en la infracción, como puso de manifiesto el Dictamen núm. 230/2003 del Consejo Consultivo andaluz.

II. Medidas de Restablecimiento de los derechos de los consumidores.

Una de las finalidades de la reforma es la potenciación de las medidas de restablecimiento de los derechos de los consumidores, concretamente de la restitución de las cantidades percibidas indebidamente según el vigente artículo 40, pero ahora desarrollando el procedimiento para su exigencia y ampliando su aplicación. Su regulación plantea las siguientes cuestiones:

Sobre esta obligación, que tiene entre sus antecedentes la legislación de vivienda protegida, tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo su carácter no sancionador, sino reparatorio o meramente civil. De este modo la STS, 3ª, de 29 de diciembre de 1998, señala que la obligación de devolver las cantidades percibidas por encima del precio legalmente tasado es estrictamente civil (cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto, artículos 1895

y concordantes del Código Civil) y, por ello, totalmente independiente del régimen jurídico aplicable a la penalización de las conductas ilícitas que hubieren conducido a la incoación del expediente sancionador. O como se argumenta en la STS, 3ª, de 15 de octubre de 1994, *“la reparación del daño causado, como responsabilidad civil derivada de la infracción administrativa (...) es una consecuencia de la infracción, que por razón de los fines sociales de la legislación de viviendas y de mera economía procesal, el legislador ha previsto que se acuerde y determine por la Administración en el propio expediente sancionador y que como actuación administrativa puede ser impugnada separadamente y revisada con plenitud de conocimiento en el recurso contencioso- administrativo examinando la procedencia del pronunciamiento administrativo sin que los adjudicatarios de viviendas tengan que acudir, de nuevo, a otro litigio para dilucidar la procedencia de la restitución reparadora de la infracción cometida. Sólo en este sentido puede comprenderse el carácter «potestativo» o «eventual» que en la legislación de viviendas protegidas tiene la adopción de la medida de reintegro de las cantidades «indebidamente» percibidas, después de declarada la infracción producida por su percepción no autorizada tras comprobar, en cada caso, las circunstancias de la percepción...”*. En similar sentido se pronuncian también las SSTs, 3ª, de 16 de junio de 1998, 22 de noviembre de 1999, y 22 de febrero de 2000, esta última dando respuesta al recurso de casación para la unificación de doctrina, que dispuso, en su fundamento cuarto, lo siguiente:

“En efecto: A) de un lado, la obligación de devolver el sobreprecio no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo, como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, es una obligación que deriva, en sí misma, de la nulidad de pleno derecho que por mor de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil ha de predicarse de la cláusula contractual contraria a la norma prohibitiva contenida en el artículo 112 de aquel Decreto 2114/1968, que cabe así imponer -por la propia Administración, en razón a las potestades tuitivas que en esta materia le confiere el ordenamiento jurídico- al contratante que debe procurar el efecto de restitución anudado a aquella nulidad, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal; su concepción en los artículos 155 de dicho Decreto, 57 del Real Decreto 3148/1978 y 36 del Real Decreto 2960/1976 como una sanción que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle, como único, un carácter o naturaleza jurídica propiamente punitivo, pues obedece también a un propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento, sin merma alguna de garantías, dado el plus de las que adornan al sancionador; el haz o conjunto de decisiones que la Administración está facultada para adoptar en presencia de conductas contraventoras de aquella norma prohibitiva (...).

La modificación introducida por la Ley 44/2006 a la Ley General de los Consumidores y Usuarios (artículo 36.4) sustenta tal posibilidad, en la medida que se prevé que en el procedimiento sancionador pueda exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción de daños, y en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor, que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no ser así, expedita la vía judicial. En este sentido, el Consejo Jurídico considera que tal obligación debe fijarse en la resolución del procedimiento sancionador, y no remitirse, en algunos casos, para su fijación a posterior procedimiento complementario,

como se recoge en el artículo 40.3 del Anteproyecto, pues supone demorar que el afectado pueda acceder a la vía judicial, en los términos previstos en la normativa estatal citada.

Por otra parte el Consejo Jurídico considera que la aplicación de esta restitución de cantidades indebidas al nuevo supuesto que se añade (“sobre los que el consumidor o usuario haya comunicado al contratante su voluntad de resolver el contrato con arreglo a las formas y condiciones establecidas”), además de la poca claridad en su redacción, y la necesidad de determinar previamente si constituye una infracción administrativa, podría implicar una extralimitación de los órganos administrativos con respecto a las competencias de la jurisdicción ordinaria para conocer de las controversias que suscite el cumplimiento de los contratos *interprivatos*.

En otro orden de ideas, debe eliminarse también la utilización del término imputado, sustituyéndola por infractor, en el artículo 40.4 del Anteproyecto.

III. Prescripción y caducidad.

El artículo 43 del Anteproyecto completa las previsiones de la Ley regional sobre las causas de interrupción de la prescripción, y prolonga el plazo para la tramitación del procedimiento sancionador a 9 meses.

Sobre la caducidad del procedimiento dos son las causas que la motivan:

1ª. La primera, por el transcurso de 6 meses desde que la Administración tiene conocimiento y realiza las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, sin que el órgano competente haya iniciado el procedimiento sancionador. A este respecto el hecho de que caduque la acción no significa que haya prescrito la infracción para poder sancionar al infractor, si bien, recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre otras áreas como la tributaria, se entendería, por el transcurso del plazo, no producida la interrupción del cómputo del plazo para la prescripción de la infracción.

2ª. La segunda, por el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar de 9 meses; pero debe añadirse, como se recoge en la redacción vigente, que se entenderá caducado el procedimiento y se archivarán las actuaciones, conforme a lo previsto en el artículo 42.1 LPAC, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento sancionador, si no hubiera prescrito la infracción, en los términos previstos en el artículo 92.3 LPAC.

En otro orden de ideas no se concreta en el Anteproyecto el plazo de prescripción para el supuesto de las infracciones continuadas.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto tiene sólidos fundamentos en la competencia autonómica sobre la materia “defensa de los consumidores y usuarios”, en relación con cada uno de los objetivos de la reforma, sin perjuicio de las competencias estatales que pueden incidir en la materia, citadas en nuestro Estatuto, además de las invocadas en la EM, por lo que la referencia a que la norma contiene el Estatuto Básico de los Consumidores y Usuarios ha de ser interpretada no en el sentido competencial, sino atendiendo al sentido lógico del establecimiento de los principios esenciales e informadores del Estatuto del Consumidor (Consideración Tercera).

SEGUNDA.- La importancia de la reforma acometida hubiera requerido la redacción de una norma sustitutoria de la vigente Ley 4/1996, urgiendo en todo caso la refundición, estimándose excesivo el plazo otorgado de dos años para el ejercicio de la habilitación atribuida al Consejo de Gobierno (disposición final tercera).

Entre las cuestiones de técnica normativa (Consideración Cuarta I) destacar que debe citarse el Título I de la Ley 4/1996 en el artículo segundo del Anteproyecto, así como incorporarse al Anteproyecto la fórmula promulgatoria, estimándose de interés, asimismo, que se vuelque en la EM, último párrafo, el procedimiento seguido.

TERCERA.- Respecto al citado procedimiento, que se ajusta en líneas generales a lo previsto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, el Consejo Jurídico entiende que hubiera sido de interés propiciar la participación de otras Asociaciones de Consumidores, aun cuando no estén representadas en el Consejo Asesor regional de Consumo, por algunas de las propuestas que contiene el Anteproyecto; y, por el carácter multidisciplinario de la materia de que se trata, la audiencia a la Comisión regional para la Seguridad Alimentaria, en su condición de órgano interdepartamental que tiene como objetivo fijar y coordinar los criterios básicos de actuación. Del mismo modo a la Dirección General de Comercio, en relación con los aspectos relacionados con la defensa de la competencia y comercio interior (Consideración Segunda, I). En los aspectos documentales se considera insuficiente la titulada memoria económica, por las razones que se recogen en la misma Consideración, en su apartado II.

CUARTA.- Sobre el conjunto normativo se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

A) La inclusión del turista entre los colectivos especiales provoca disfuncionalidades en el ordenamiento jurídico regional (Consideración Quinta, I).

B) En relación con las Organizaciones de Consumidores y Usuarios (Consideración Quinta, II):

- La realizada a la finalidad principal de las organizaciones amparadas en la LO 1/2002.
- La inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios y la eliminación de la habilitación reglamentaria para la determinación de los derechos y obligaciones de las asociaciones inscritas.
- Debería suprimirse en el artículo 15.3 la inhabilitación, por las razones explicitadas.
- Debería suprimirse la limitación prevista en el artículo 11.5, sobre la legitimación procesal para la defensa de los intereses generales, colectivos o difusos.

C) En relación con los órganos consultivos cercena la autonomía municipal para su autoorganización, la previsión de que el Consejo Asesor Regional de Consumo asuma las competencias legalmente atribuidas a los Consejos Municipales de Consumo en aquellos municipios en los que no se hayan constituido (Consideración Quinta, III). Sobre la Conferencia Interadministrativa las observaciones recogidas en la precitada Consideración.

D) En relación con la potenciación de los instrumentos preventivos (Consideración Quinta, IV): Las realizadas al Sistema Regional de Mediación.

QUINTA.- Las demás observaciones realizadas contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 96/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. S. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 04/07/07

Extracto de Doctrina

Tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 8 de enero de 2004, D. M. S. M.-T., Letrada del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia, en nombre y representación de D. A. S. L., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Hospital Rafael Méndez de Lorca, Servicio Murciano de Salud (SMS), en solicitud de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por los servicios sanitarios regionales. Fundamenta su reclamación en los siguientes hechos:

- Que fue intervenida mediante artroscopia de meniscectomía, limpieza de condromalacia y plastia ligamentosa, en la rodilla derecha, el 31 de enero de 2002, y que como consecuencia de la misma sufrió una importante infección, que le ha ocasionado graves secuelas, por las que ha sido declarada incapacitada permanente para su trabajo.
- Que a los diez o doce días de la intervención, inició un cuadro de inflamación y tumefacción en la pierna que, tras estudio sinovial, indicaba la existencia de un pseudomona, lo que requirió nueva intervención el 28 de febrero de 2002, lavados intra-articulares y rehabilitación durante un año.
- Que el día 25 de septiembre de 2002, se le realizó una RNM, donde se le apreció condromalacia femoropatelar, cambios postquirúrgicos en menisco interno y quiste subcondral a nivel de meseta tibial.
- Que la infección que sufrió, “...como consecuencia de la intervención de meniscectomía, le produjo importantes secuelas físicas, tales como limitación de extensión de rodilla derecha en 15%, inestabilidad de rodilla por lesión de ligamentos cruzados, y flexión de rodilla inferior a 90%, además del perjuicio estético causado por la necesidad del uso de bastón de apoyo para deambular”. En ese punto, también manifiestan que, a consecuencia de las secuelas, ha sido declarada en situación incapacidad permanente total, por el Juzgado de lo Social nº 5 de Murcia, mediante Sentencia de 23 de Junio de 2003.
- Aporta la valoración médico-legal realizada por los Dres. D. S. A. C. y D. A. G. H., especialistas en Valoración de Discapacidades y Daño Corporal, informe en el que se cuantifican las secuelas en un total de 109.386,00 euros.

- También aporta documentación clínica, obrante en poder de la reclamante, y se señala a los oportunos efectos probatorios, el historial médico de la reclamante.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del SMS de fecha 4 de febrero de 2004, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

TERCERO.- Por la instructora se solicita copia de la historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que la asistieron, requerimiento que es cumplimentado por el Director Gerente del Hospital Rafael Méndez con la remisión de la historia clínica e informe del Dr. B. S. que, en síntesis, afirma lo siguiente:

“D. A. S. L. fue puesta en lista de espera el día 9-7-01 con el diagnóstico de meniscopatía interna rodilla derecha por presentar signos clínicos de lesión meniscal de la referida rodilla y porque el informe de RMN de fecha 9-3-01 indicaba:

- *Imagen sugestiva de rotura del cuerno posterior del menisco interno.*
- *Rotura parcial o esguince del ligamento cruzado anterior.*
- *Importante derrame articular.*
- *Quiste poplíteo.*
- *Quiste subcortical en cresta tibial.*

Fue intervenida en enero de 2002, apreciándose a la artroscopia:

- *Rotura del cuerno posterior del menisco medial.*
- *Condromalacia de 3º grado en cara inferior del cóndilo medial.*
- *Condromalacia de 3º en la cara interna del tercio proximal de la patela.*

A la vista de lo expuesto se le realizó meniscectomía remodeladora del cuerno posterior del menisco interno y Shaving de las zonas condromalácicas. Al Alta Hospitalaria se le prescribió Xicil sobres durante tres meses, como así consta en el informe que se le dio a la paciente y cuya copia tenemos en el historial.

A los 10-12 días de la intervención referida, inició cuadro de inflamación y tumefacción en la pierna y rodilla intervenida, según referencia de la paciente. El 27-2-02 ingresó en este Hospital por tumefacción, calor, impotencia funcional de la rodilla derecha. El 28-2-02 se le realizó lavado artroscópico con 6 litros de suero y se le tomó cultivo indicando que presentaba una pseudomona. Estuvo en tratamiento de lavado articular y de antibiótico IV hasta el 1-4-02 que fue dada de alta hospitalaria siguiendo con tratamiento de antibioterapia en su domicilio y proseguir ejercicios de rehabilitación. En el momento de su Alta Hospitalaria, la paciente presentaba una movilidad de 0º de extensión y 120º de flexión. En la revisión realizada el 30-5-02 nos indica que el internista le ha quitado el tratamiento antibiótico y que presenta molestias por las tardes en la rodilla. La enferma está rehabilitando y los signos clínicos que se aprecian son: tumefacción en bolsas cuadrícipitales, leve choque rotuliano y ningún signo de infección. La paciente prosiguió con su rehabilitación y con revisiones periódicas en nuestra consulta. Con fecha 19-9-02 ante las indicaciones de presentar fallos en dicha articulación se decide una RMN cuyo informe es:

- *Signos de condromalacia femoropatelar.*
- *Cambios postquirúrgico en menisco interno.*
- *Quiste subcondral a nivel de meseta tibial.*
- *Pequeño derrame articular.*

Explorada la paciente presenta marcha claudicante y precisa llevar un bastón inglés. La movilidad de la articulación sigue siendo buena y el diámetro del muslo derecho en comparación con el izquierdo era de 1 cm. más grueso a favor del derecho. Al mismo tiempo se pide informe a rehabilitación y nos contestan el 7-11-02 que no se le realiza más rehabilitación porque no encuentran tratamiento para quitarle el dolor. A la vista de todo lo expuesto es dada de alta en nuestro Servicio.

Comentarios comparativos del informe expuesto, con el que presenta la letrada D. M. S. M.-T.:

1.- Que a la paciente D. A. S. L., no se le ha realizado en ningún momento plastia de ligamentos, como indica la Licenciada.

2.- Por la descripción de la historia expuesta, esta Sra. a su alta hospitalaria no presentaba ninguna limitación a la extensión, como indica la Letrada.

3.- Ni a su Alta Hospitalaria, ni en la RMN realizada el 25-9-02 o sea ocho meses después de la intervención, no presentaba inestabilidad de rodilla por lesión del ligamento cruzado, como indica la Letrada.

4.- Al Alta Hospitalaria, la paciente presentaba una flexión de 120° y no de 90° como indica la Letrada.

5.- Que los signos condromalácicos femoropatelares, no son como consecuencia de las intervenciones ni de la infección por estar presentes en la RMN de fecha 9-3-2001 o sea siete meses antes de la primera intervención.

6.- Llama la atención que siendo la rodilla derecha, articulación con incapacidad, que sin embargo tenga un desarrollo muscular de 1 cm, superior al contralateral.

7.- Según todo lo expuesto la secuela que presenta esta Sra. es un dolor o gonalgia cuyos signos no pueden ser valorados objetivamente, a no ser que se le practique una prueba termográfica que nos aclare el umbral de dolor que presenta dicha rodilla”.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 15 de octubre de 2005 con las siguientes consideraciones:

“En el informe médico-legal presentado por la reclamante, no se demuestra una relación clínica directa entre la infección sufrida por la paciente, y las secuelas que posteriormente se valoran. Se limita a una descripción de los antecedentes y de la patología que se apreciaba en la RNM del 25/09/02, así como la valoración personal de las limitaciones de movilidad.

Dichas secuelas, no coinciden con el estado clínico, que se recoge en el informe realizado por el Dr. B. S..

En el consentimiento informado, firmado por la interesada (folio nº 36), se recoge en el punto 4, “El paciente o persona autorizada es informado sobre las complicaciones genéricas de todo proceso quirúrgico (infección de herida, hemorragias, trombosis, embolismo, neumonía, infecciones urinarias, cicatrización defectuosa)”.

Cuando se le detecta a la paciente, los signos de infección en la rodilla intervenida, se le aplica el tratamiento adecuado, hasta su curación, siendo ingresada el 27/02/02. Tras el alta, no se aprecian las limitaciones, que posteriormente le han incapacitado laboralmente.

En el informe de alta consta: “Actualmente la rodilla está fría con una ligera tumefacción y choque rotuliano y con una movilidad de 0º y 120º”

La condromalacia femoropatelar, que padece la paciente, no es una consecuencia de la artroscopia realizada”.

Tras estas consideraciones la Inspección concluye del siguiente modo:

“No hay evidencia clínica, de relación directa, entre la intervención de meniscectomía y la posterior infección, con las secuelas que le han supuesto a la reclamante, el reconocimiento de incapacidad permanente total para su profesión”.

QUINTO.- Con fecha 22 de noviembre de 2004, se comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia, pero con posterioridad la instrucción considera necesaria cierta documentación que se solicita al Hospital Rafael Méndez y que éste remite con fecha 28 de junio de 2005. Toda esta documentación es enviada a la Inspección Médica de quien se recaba un informe complementario, que, emitido con fecha 18 de octubre de 2005, concluye afirmando que, tras la valoración de la documentación aportada, *“la condromalacia de rodilla derecha existía antes de la intervención realizada, y no es una consecuencia de la misma”.*

SEXTO.- Obra en el expediente diversa documentación relativa al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante, como consecuencia del cual se sigue Procedimiento Ordinario núm. 949/2004 ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

SÉPTIMO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos se dirige al Servicio Jurídico del SMS, a fin de que se lleven a cabo los actos de instrucción necesarios para que se incorpore al expediente la historia clínica de la reclamante correspondiente al Centro de Salud al que fue remitida tras su alta, así como informes del Hospital V. A. de Lorca, centro concertado en el que se llevó a cabo la intervención quirúrgica.

Efectuados los correspondientes requerimientos, se incorpora al expediente la siguiente documentación:

1) Historia Clínica remitida por el Centro de Salud Águilas Sur, al que se une informe del Dr. D. M. S. N., en el que se afirma lo siguiente:

“Referencia a proceso clínico de referencia de Dña. A. S. L.. Paciente con antecedentes de lumbalgia (1994), tr. adaptativo (1994-95), safenectomía interna por varices (1995) y absceso en muslo dcho. (2000) que sufre patología de rodilla constatada desde enero 2001 en historia clínica. Tres meses más tarde (09.03.2001), se concreta diagnóstico mediante resonancia magnética, con derrame, meniscopatia, alteración ligamentaria y formaciones quísticas poplíteas y tibial. Es ingresada en hospital V. A. del 31.01.2002 al 01.02.2002 donde se practica meniscectomía.

El 08.02.2002 la visito en domicilio apreciando signos inflamatorios sugerentes de sobre infección, prescribiendo (registro informatizado) diacepan 5, feldene flas y necopen 400, tratamiento que el 14.02.2005 revela la paciente, que “no ha hecho”.

Consecuentemente ordeno traslado ese mismo día en ambulancia para revisión hospitalaria en el centro Rafael Méndez.

Posteriormente la reenvió al hospital V. A. donde tenía cita el 18.02.2005 y el 26.02.2005. Siendo ingresada a primeros de marzo en el hospital R. Méndez con el criterio de “artritis séptica” de la rodilla derecha.

Tras el periodo de visitas por traumatología y rehabilitación (mayo 2002) consecuente, se reenvió con nuevo volante de derivación para revisión traumatológica en agosto.

La paciente no ha aportado todos los informes subsiguientes a revisiones clínicas ni a sus periodos de ingreso hospitalario, por lo que mi información es limitada”.

2) Informe del Hospital V. A. de Lorca, en el que se ponen de manifiesto los siguientes extremos:

“Le informo que dicha Sra.(la reclamante) según consta en nuestros registros, fue intervenida en el Quirófano 2, a las 19 horas del día 31 de Enero de 2002, que en ese quirófano no se intervino a ningún otro paciente en esa fecha, por lo que el quirófano se abrió para practicar dicha intervención, en el Quirófano 1, esa misma tarde se operó a otro paciente, D. L. G. P., de una prótesis total de rodilla, sin que conste que haya sufrido ninguna infección posquirúrgica ni ningún otro contratiempo”. Se acompaña registro de programación quirúrgica de esa fecha.

En cuanto a las medidas de asepsia de los quirófanos, *“le manifiesto que nosotros actuamos siguiendo las instrucciones de nuestros protocolos de esterilización y limpieza de quirófanos elaborados por la empresa B. (Higiene & Prevención), cuya copia acompaño.*

La última verificación externa para la comprobación del mantenimiento de las condiciones de bioseguridad en el área quirúrgica, que tiene una periodicidad anual, y por empresa ajena al Centro Médico, se efectuó el 16 de Enero de 2002, se adjunta igualmente copia de los resultados obtenidos. Además de estos controles, tenemos protocolizado la toma de muestra antes de cada sesión quirúrgica, los resultados del estudio bacteriológico no presentan crecimiento en ninguno de los Quirófanos.

Todos estos controles se hacen preventivamente para asegurarnos de que los quirófanos cumplen con las condiciones de limpieza y esterilidad necesarias.

En cuanto al material utilizado en la intervención acompaño copia del registro del control de calidad del proceso de esterilización del Centro Médico en relación al material autoclavable empleado.

En cuanto al material termosensible, se procede a su limpieza manual después de su última utilización preparándolo para su posterior esterilización mediante inmersión en Perasafe, esterilizante de instrumental médico que entre sus propiedades incluye la de ser Pseudomonocida.

Por último acompaño certificado de los pacientes en esa fecha en la unidad de cirugía de esta clínica, significándole que esta paciente no compartió habitación con ningún otro enfermo y que fue dada de alta a las 9 de la mañana del día siguiente a la intervención, por lo que no estuvo ni 24 horas ingresada, llevándose a cabo el seguimiento y curas posquirúrgicas en su Centro de Salud”.

OCTAVO.- Requerida para ello por la instructora, la compañía aseguradora Z. aporta dictamen realizado colegiadamente por los doctores D. L. R. M. G., D. O. G. R. G., D. C. O. S. y D. G. R. A., todos ellos especialistas en traumatología y ortopedia, en el que, tras las consideraciones de carácter médicos que consideran oportuno realizar, concluyen del siguiente modo:

“1. El diagnóstico quirúrgico confirmado por la artroscopia es de rotura del cuerno posterior menisco interno, condromalacia grado III en cara de cóndilo medial femoral y cara interna de la rótula por lo que se efectúa meniscectomía remodeladora y condrectomía (shaving).

2. En el consentimiento informado firmado por la paciente se indica expresamente que ésta fue informada sobre el riesgo de infección en cualquier intervención.

3. Correcto el diagnóstico y tratamiento. La paciente no asumió efectuar el tratamiento según el médico de familia.

4. El informe de la RMN (prequirúrgico, 9/3/01) es de quiste subcortical en cresta tibial, quiste poplíteo, derrame articular; imagen sugestiva de rotura del cuerno posterior del menisco interno y rotura parcial o esguince del ligamento cruzado anterior.

5. No se efectúa cirugía sobre el ligamento cruzado anterior (plastia) como así lo manifiesta la RMN post-cirugía (25/9/02) que describe condromalacia femorrotuliana, cambios post-quirúrgicos en menisco interno, quiste subcondral a nivel de meseta tibial y pequeño derrame articular; la demanda manifiesta que se actúa sobre el LCA.

6. Existe una incongruencia entre los datos del informe del daño corporal y la asistancia pública.

7. No se describe la inestabilidad a la exploración en el sistema público, la petición de la RMN es porque la paciente comenta clínica de inestabilidad y el informe de la RMN no comenta lesiones de ligamentos o de meniscos. El perito de la paciente solamente describe inestabilidad pero esta puede ser en un plano, rotatoria o combinada según el concepto anatómico de Kennedy.

8. La condromalacia rotuliana se diagnostica en la artroscopia y no es por la infección post-quirúrgica, esta se trata mediante la extirpación parcial (shaving) o total del cartilago hasta llegar a hueso subcondral. La etiología es muy compleja y no siempre puede ser reconocida.

9. No coincide la exploración del balance articular del traumatólogo (120° flexión) con el perito de la valoración del daño corporal (90° flexión). Una rodilla para ser útil precisa tener una flexión de 90° pues así se puede sentar sin tener la extremidad en extensión. La rehabilitación efectuada ha sido útil pues presenta un desarrollo muscular de 1 cm en el miembro intervenido superior a la contralateral, por los datos aportados tras un año de rehabilitación.

Existen secuelas mecánicas con alteración a la marcha que dado el tiempo transcurrido son permanentes.

10. La artritis séptica en el postoperatorio ha sido tratada correctamente y es una complicación que no se puede prever.

11. No hay informe de la sentencia sobre la incapacidad laboral para ver la causa.

12. El control sanitario de la zona quirúrgica esta documentado.

13. El paciente intervenido el mismo día que la paciente al igual, que los ingresados no han presentado ningún signo de infección”.

NOVENO.- Con fecha 16 de junio de 2006 se notifica a la aseguradora, al Hospital V. A. y a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, sin que conste que hiciesen uso de él al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños alegados por la interesada.

En tal estado de tramitación, V.E. dispuso la remisión del Expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 30 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de Mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En cuanto a la actuación mediante Letrado el artículo 32 LPAC establece que los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Precepto que se cumplimenta en este caso, mediante la aportación de escritura de poder otorgado por la interesada ante notario.

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien es cierto que la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en un centro sanitario privado, ello no obsta para que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, ya que la asistencia recibida por la paciente trae causa, según se desprende de los datos que obran en el expediente, de un concierto previo con la Administración sanitaria por lo que, en última instancia, es dicha Administración la que debe asumir el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado en dicho centro sanitario, con el mismo alcance que si se hubieran ocasionado en sus propias instalaciones, toda vez que las exigencias del

principio de indemnidad, consagrado en el artículo 106 de la Constitución, hacen indiferente quién sea el causante inmediato del daño, sin que quepa colocar a la ahora reclamante en peor posición por el hecho de que el daño haya sido causado no por el servicio público sanitario propiamente dicho, sino por un centro sanitario concertado, pues éste, al fin y al cabo, actúa por cuenta de aquél. La competencia orgánica para resolver el procedimiento corresponde al titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa la intervención quirúrgica se produjo el día 31 de enero de 2002, pero la declaración de incapacidad permanente total no se llevó a cabo hasta el día el 23 de junio de 2003 en que fue dictada Sentencia por el Juzgado nº 5 de lo Social de Murcia. Por lo tanto, la reclamación presentada el día 8 de enero de 2004, ha de entenderse interpuesta en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP. No obstante cabe señalar que el artículo 13.3 RRP establece un plazo de duración del procedimiento de seis meses, transcurridos los cuales, el interesado puede entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo. La finalidad de esta presunción no es otra que la de permitir accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, facultad que fue ejercitada por la interesada, según consta acreditado en el expediente. Esta circunstancia no exime, sin embargo, a la Administración del deber de resolver expresamente, ya que el artículo 42 LPAC establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos.

TECERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1. El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2. La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.
3. El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.
4. Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concorra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

CUARTA.- Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

La reclamante imputa al sistema público de salud la responsabilidad por las lesiones que padece y para llevar a cabo dicha afirmación se basa en dos argumentaciones: la primera de ellas se refiere al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que alcanzaría, así, a los daños originados incluso cuando el servicio público hubiera funcionado correctamente; la segunda encontraría apoyo en el informe pericial que acompaña a su reclamación en el que el perito informante -según la interesada- afirmarí la existencia de relación de causalidad entre la actuación de los servicios sanitarios y la infección que sufrió como consecuencia de la intervención de menisectomía.

Debe partirse del hecho de la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, de conformidad con lo exigido por los artículos 139.2 y 141.1 LPAC. El principal problema que suscita el expediente se refiere a la existencia de nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado, y a la concurrencia de antijuridicidad de éste, es decir, que no exista, conforme a la Ley, un deber jurídico de soportarlo. A este respecto se ha de tener en cuenta que estamos ante un supuesto de posible infección

nosocomial y que estos casos presentan, en relación con la prueba de existencia de infracción de la *lex artis ad hoc*, importantes peculiaridades que obligan a atender aquellos principios generales de la prueba que pueden modular la ordinaria distribución de su carga, tomando en consideración tanto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000 (LEC), como la imposibilidad de probar un hecho negativo. En aplicación de tales criterios, correspondería a la Administración regional acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera la reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera *probatio diabolica*. A estos efectos, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de julio de 2000, de su Sala 3ª, con ocasión de resolver una reclamación de responsabilidad patrimonial instada por una paciente infectada por estafilococo dorado en el curso de una intervención quirúrgica, viene a declarar que el daño no será antijurídico cuando sea consecuencia inevitable de la actividad curativa y añade que, según informe emitido por Médico Forense, “*la infección por el estafilococo aureus en una intervención quirúrgica, si bien puede resultar en algunos casos inevitable, es un evento previsible y por tanto deben extremarse las medidas precautorias tales como... a) asepsia de quirófanos e instrumental, b) desinfección meticulosa del área operatoria, c) acortar lo más posible el tiempo operatorio, d) evitar dejar cuerpos extraños, eliminación de tejidos desvitalizados, hematomas, etc., e) práctica de antibioterapia profiláctica. ...La adopción de tales medidas ha de ser demostrada por la Administración*”.

Con carácter general se puede constatar que el Tribunal Supremo, en supuestos de infecciones nosocomiales, mantiene que cabe presumir la existencia de una violación de la *lex artis* siempre que el germen que la haya causado proceda del material quirúrgico o del propio recinto hospitalario o cuando no se hayan adoptado medidas de profilaxis antibiótica (entre otras sentencias, además de la citada de 13 de julio de 2000, las de 20 de marzo de 2001 y 7 de octubre de 2002). Por el contrario, cuando no concurre ninguna de estas dos circunstancias el hecho lesivo no se imputa a la Administración (Sentencia de 25 de junio de 2002).

Dicha línea jurisprudencial tiene su fundamento en la naturaleza de la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria, a la cual, si bien no se le exige obtener un resultado de curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance, debiendo aplicar todas las medidas posibles para evitar la infección. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño vendrá en antijurídico.

Pues bien, aplicando dicha doctrina jurisprudencial al supuesto objeto del presente Dictamen, resulta que:

1º. La infección constituía un riesgo propio de la intervención, que fue asumido por la reclamante al prestar su consentimiento informado (folio 36).

2º. El Hospital V. A. aplicó los protocolos adecuados para la esterilización tanto del quirófano como del instrumental utilizado en la intervención quirúrgica. Sin que, además, se dieran coetáneamente otros casos de infección en pacientes intervenidos y/o ingresados al mismo tiempo que la reclamante, de lo que se deduce que existía una correcta esterilización del recinto sanitario.

3°. En lo que al tratamiento antibiótico se refiere, consta acreditado que le fue prescrito por el facultativo de atención primaria, Dr. S. N., aunque la paciente manifestó no haberlo seguido (folio 277).

Para determinar si las actuaciones médicas practicadas en relación con la reclamante se ajustan a la *lex artis* es preciso un juicio técnico, que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina, ya que son necesarios conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto (artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Pues bien, la afirmación vertida por la interesada sobre las conclusiones médicas alcanzadas en el informe pericial que ella misma acompaña, son inexactas. En efecto, los facultativos que suscriben dicho dictamen se limitan a describir la patología que padece la paciente y a valorar las secuelas que presenta, pero en ningún momento se pronuncia sobre una posible infracción de la *lex artis ad hoc* que permitiera imputar a la Administración una responsabilidad por dichos daños.

Existen, sin embargo, en el expediente otros elementos probatorios aportados por la Administración que acreditan que la intervención quirúrgica se practicó de manera correcta, y que las complicaciones sufridas en el postoperatorio se debieron a una infección, riesgo previsible que fue aceptado por la paciente, y al que, en definitiva, ella misma contribuyó a generar al no seguir el tratamiento antibiótico que le fue prescrito. Así, tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora, en la valoración técnica de la asistencia prestada, niegan cualquier infracción de la *lex artis ad hoc*. De este modo, la primera afirma que “*no hay evidencia clínica, de relación directa, entre la intervención de meniscectomía y la posterior infección*”; en tanto que los segundos indican la corrección tanto del diagnóstico como del tratamiento. Coincidiendo ambos también en el hecho de que las secuelas que se alegan o bien ya se padecían antes de la intervención (la condromalacia femoropatelar -folios 113 y 371-), o bien se padecen en distinto grado del que se recoge en el informe pericial de parte (exploración del balance articular -folios 112 y 371-).

A la vista de estas últimas consideraciones médicas el Consejo Jurídico considera que no ha sido acreditado por la reclamante, ni resulta del expediente que se haya producido una violación de la *lex artis* médica, por lo que la infección producida debe considerarse en este expediente un riesgo propio de la intervención que fue aceptado por la paciente, la cual, además, contribuyó a empeorar al no seguir el tratamiento antibiótico que se le prescribió.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 97/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. B. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 04/07/07

Extracto de Doctrina

La obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas y terapéuticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2004, D. J. B. M. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS) por la defectuosa asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia, con ocasión de parto gemelar.

Según relata la interesada, a los tres meses de embarazo, conseguido después de tres intentos de fecundación in vitro y tras siete años de esterilidad, fue diagnosticada por su ginecólogo de un hematoma en la parte superior de la placenta, por lo que le indicó reposo. A las 14 semanas de embarazo tuvo que acudir al Servicio de Urgencias del Hospital por sufrir metrorragia, siendo ingresada por amenaza de aborto, descubriéndose tras un control ecográfico un importante hematoma en el polo inferior del útero.

Por mejoría, la paciente es dada de alta el 2 de agosto de 2003 con la recomendación de reposo, pero el día 14 del mismo mes ingresa de nuevo con metrorragia, diagnosticándosele un “pequeño hematoma en el polo inferior de la placenta” y volviendo a ser dada de alta cuatro días más tarde.

El 27 de octubre siguiente, con 26 semanas de gestación, vuelve a ingresar con sospecha de rotura prematura de membranas, indicándose de nuevo reposo y, una vez realizados varios controles con resultado normal, recibe el alta el 4 de noviembre, con cita para revisión el 18 de ese mismo mes.

No obstante, el día 13 de noviembre, en la semana 29 de gestación, acude de nuevo a Urgencias por rotura de placenta y amenaza de parto prematuro, quedando ingresada y en tratamiento hasta que, el día 2 de diciembre por la noche, la reclamante comienza a tener molestias abdominales y, según relata, sufre una infección que le produce una fiebre muy alta, dos hemorragias nasales y fuertes dolores vaginales, sin que la enfermera de guardia le diera importancia. Cuando se produce el cambio de turno, la nueva enfermera, ayudada por el marido de la paciente, la llevan a reconocimiento.

Ante el aumento de la temperatura, se practica una cesárea urgente, naciendo los dos gemelos, aunque el alumbrado en segundo lugar, que no había tenido ningún problema

durante la gestación pues la rotura de membranas sólo había afectado al otro feto, comenzó con distress respiratorio que fue en aumento, precisando de ventilación asistida. Tras una mala evolución fallece a las pocas horas.

Tres días después de la cesárea, la reclamante es operada de urgencia, a causa de la *“infección que me provocaron los restos de placenta y de los hematomas que dejaron en mi interior tras la práctica de la cesárea”*, evolucionando favorablemente en el postoperatorio y siendo dada de alta el 23 de diciembre de 2003.

Para la reclamante, el título de imputación del daño lo constituye la falta de atención médica en un momento en que aquélla resultaba imprescindible, dadas las complicaciones que la gestación había ido presentando.

Solicita una indemnización de 150.253,03 euros

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución de la Directora Gerente del SMS de 27 de enero de 2005, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del referido Ente, que procede a recabar del Hospital Virgen de la Arrixaca la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la reclamante.

TERCERO.- Con fecha 25 de abril de 2005, el Hospital remite la historia clínica de la paciente e informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, que es del siguiente tenor:

“En los diferentes ingresos que tuvo durante la gestación, la asistencia en cuanto a control, medicación y conducta tanto diagnóstica como terapéutica fueron exhaustivos y correctos de acuerdo con los protocolos actuales de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia).

En concreto, durante el cuarto y último ingreso, por la rotura prematura de membranas, dado que se trataba de un embarazo gemelar pretérmino se mantuvo una conducta expectante con reposo, antibióticos, corticoides, controles clínicos, analíticos, ecográficos y de monitorización con la idea de disminuir la inmadurez fetal y la prematuridad.

Todos los controles fueron estrictamente normales hasta que presentó fiebre en el control de temperatura a última hora (23 horas) del día 2 de diciembre de 2003, indicando y realizándose la cesárea el mismo día a las 23,20 horas. En el postoperatorio presentó una suboclusión intestinal, siendo reintervenida con una segunda laparotomía.

Es importante dejar constancia de que en la necropsia del gemelo fallecido se observa una hipoplasia pulmonar y una membrana hialina e inmadurez renal, que explican la muerte del mismo, y los mismos son consecuencia de la prematuridad”.

CUARTO.- Con posterioridad se solicita al Hospital la historia clínica de los dos hijos de la reclamante, así como el informe del facultativo que los atendió, remitiéndose los documentos con fecha 2 de marzo de 2006.

Un especialista del Servicio de Pediatría informa respecto a la asistencia prestada al segundo gemelo:

“1. Un gemelo con bolsa íntegra tiene riesgo infeccioso si el otro gemelar presenta rotura de bolsa, de tal manera que si bien no es lo más frecuente, puede ocurrir que el de la bolsa íntegra sufra una infección congénita y no así el de la bolsa rota.

2. En relación a la causa de muerte del segundo gemelo, basándome en el informe clínico de UCIN (Unidad de Cuidados Intensivos-Neonatología) y en el informe de necropsia, me atrevo a afirmar que la causa de muerte principal fue una neumonía-sepsis congénita a *E. Coli* con insuficiencia respiratoria grave y shock secundario, añadido a una inmadurez pulmonar”.

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, uno de sus inspectores realiza las siguientes consideraciones:

“La Rotura Prematura de Membranas (con la consiguiente salida de líquido amniótico) pone en comunicación la cavidad amniótica con el canal endocervical y la vagina, lo que conlleva un incremento de intervenciones obstétricas y un mayor riesgo de sepsis neonatal, prolapso de cordón o desprendimiento de placenta.

Cuando la rotura prematura de membranas tiene lugar en gestaciones de más de 35 semanas, está indicada la finalización de la gestación; pero en gestaciones de 26 a 34 semanas la alta tasa de morbimortalidad neonatal cuando se produce el nacimiento del feto en este período, hace aconsejable indicar un tratamiento conservador con reposo, antibióticos, corticoides, controles clínicos, analíticos, ecográficos y de monitorización, con la intención de prolongar en la medida de lo posible la duración de la gestación.

Es necesario descartar desde el principio y periódicamente la existencia de corioamniotitis, hipoxia, compresiones funiculares, desprendimiento de placenta así como posibles malformaciones fetales, para poder decidir el tratamiento más adecuado en cada caso. Para valorar la evolución del oligoamnios se realizarán controles periódicos de temperatura y pulso y ecografía cada semana”.

Respecto a la asistencia prestada a la Sra. B. M. aclara:

“se encontraba en la 29ª semana de gestación y acude al Hospital Virgen de la Arrixaca por sentir pérdidas de líquido amniótico, siendo ingresada inmediatamente para descartar una Rotura Prematura de Membranas, instaurando tratamiento médico con reposo, antibióticos, corticoides y tocolíticos (inhibidores de la dinámica uterina). A la paciente, en la planta de gestantes, se le realizaron controles periódicos de frecuencia cardiaca, temperatura y de compresas (para verificar y cuantificar la expulsión de líquido amniótico) por personal de enfermería, y por las matronas controles de frecuencia cardiaca fetal dos veces al día y varios monitores. Las ecografías informaron del crecimiento intraútero de los fetos y de la cantidad de líquido amniótico en ambas bolsas.

Conforme a los protocolos asistenciales de la SEGO, la actitud terapéutica en las gestaciones de 26 a 34 semanas debe procurar prolongar en la medida de lo posible la duración de la gestación, con tratamiento médico y controlando la dinámica uterina (monitores), el bienestar fetal (controles de frecuencia cardiaca) y la ausencia de infección (temperatura y pulso).

La paciente permaneció apirética, sin dinámica uterina y con poca expulsión de líquido amniótico hasta la tarde-noche del 2 de diciembre de 2003, que con dolores abdominales baja a dilatación y durante la monitorización se objetiva el incremento de la temperatura a 39 grados C, indicándose la cesárea urgente y la finalización de la gestación”.

Por lo que respecta a las complicaciones que se evidenciaron con posterioridad y que llevaron a la reclamante a sufrir una nueva intervención de urgencia, la Inspección Médica indica:

“La necesidad de laparotomía exploradora fue por el cuadro de pseudobstrucción intestinal sufrida en el postoperatorio de la cesárea. Esta nunca fue por restos placentarios, sino por la infección de los hematomas que se produjeron y no que dejaron en su interior”.

Por último, y en relación con la asistencia en la UCI-Neonatal del segundo gemelar, la Inspección Médica se remite al informe del Pediatra, para quien la infección congénita por rotura de la bolsa de su hermano parece ser la causa de la neumonía-sepsis del recién nacido, unido a la inmadurez pulmonar y al fallo multiorgánico, y no, como achaca la reclamante, la tardanza en practicar la cesárea.

SEXTO.- La compañía aseguradora del SMS aporta dictamen médico elaborado colegiadamente por cinco especialistas en Obstetricia y Ginecología.

Tras analizar las complicaciones que pueden darse en los neonatos, sobre todo prematuros, y que se presentaron en el hijo de la reclamante, consideran que:

“La gestación que nos ocupa presentaba, pues, dos factores de alto riesgo que agravaban per se su pronóstico, independientemente de la actuación médica: la rotura prematura de la bolsa y la amenaza de parto prematuro en la semana 29ª. La conducta a seguir debe valorar el riesgo de infección si se mantiene el embarazo, frente a las complicaciones derivadas de la prematuridad si no se frena el parto, y conociendo que, en gestaciones por debajo de la semana 32, prolongar el embarazo 2 ó 3 semanas significa en muchos casos pasar de un pronóstico de supervivencia del 50 al 80% y así mismo disminuir mucho la probabilidad de secuelas.

La actuación de los facultativos del Servicio de Obstetricia del Hospital Virgen de la Arrixaca fue absolutamente correcta, ajustándose al protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia en el manejo de la bolsa rota pretérmino, a fin de alcanzar, al menos, las 31 semanas cumplidas. Se pautó tratamiento antibiótico intravenoso para prevenir la infección; se maduró el pulmón de los fetos con corticoides y se administraron betamiméticos para frenar la dinámica uterina.

De las hojas de evolución médica y de control de enfermería se deduce que la vigilancia fue exhaustiva. Se controlaban constantes maternas y se valoraba por turno la pérdida de líquido amniótico. Cada vez que la paciente refería aumento de la sensación de dinámica era trasladada para realizar registro cardiotocográfico y ajustar la medicación. Gracias a esa vigilancia pudo ser detectado el riesgo de corioamnionitis en el momento en que se produjo. El día anterior la paciente había estado apirética aunque hubo que aumentar la perfusión de Prepar por sensación de dinámica. En la tarde-noche del 02/12/2003, la paciente refiere dolor en el bajo vientre, que podía ser interpretado como un aumento de las contracciones, por lo que es trasladada a Dilatación. Allí, al constatar una temperatura de 39 grados C se indica la cesárea urgente.

Ambos gemelos recibieron la misma dosis de antibiótico en las dos semanas que se mantuvo el embarazo tras la rotura de bolsa; a ambos se les maduró el pulmón con corticoides...Sin embargo, su evolución al nacimiento fue muy distinta: mientras que el primero precisó sólo oxigenoterapia con gafas y progresó adecuadamente en su estancia en la UCI neonatal, el segundo, que teóricamente estaba más protegido pues tenía la bolsa íntegra, desde el nacimiento presentó un distress severo que requirió intubación y falleció a las pocas horas de vida por una sepsis neonatal de inicio muy precoz.

(...) *En resumen, aunque se adoptaron todas las medidas profilácticas, no fue posible evitar la infección del segundo gemelo, posiblemente vía hematógena pues su bolsa estaba íntegra, lo que unido a su inmadurez pulmonar, por la prematuridad y no sabemos si por alguna malformación añadida, provocaron el óbito*".

Sobre la cesárea y las ulteriores complicaciones se informa lo siguiente:

"Tampoco la complicación surgida tras la cesárea se debió a una mala praxis médica. Está comprobado que las cesáreas en los embarazos pretérmino presentan un alto índice de complicaciones por dos factores que estuvieron presentes en el caso que nos ocupa: la urgencia con la que se llevó a cabo y la existencia de un proceso infeccioso activo.

Aunque en el TAC realizado se sospechaba una posible perforación intestinal, y por ello fue reintervenida con urgencia, la laparotomía permitió comprobar la indemnidad de las asas, y por lo tanto el cuadro de paresia intestinal que presentó la paciente era un ileo paralítico reactivo a la cirugía.

Se procedió al lavado de la cavidad y apendicectomía profiláctica. Sólo existían unos hematomas con aspecto de infección, de los que se tomaron cultivos. Estos hematomas se producen durante el acto quirúrgico por el sangrado de los tejidos y hemostasia fisiológica, no son debidos a "que se los dejaron en la cesárea", como se dice en la reclamación, ni tampoco existían restos de placenta.

No existió pues una mala actuación en la práctica de la cesárea, sino que la complicación era inherente al propio acto quirúrgico realizado en unas condiciones que incrementaban el riesgo de complicaciones".

Las conclusiones del informe pueden sintetizarse en la última de ellas, que es del siguiente tenor: *"la actuación de todos los intervinientes en el embarazo, parto y puerperio de D. J. B. M. fue conforme a la lex artis ad hoc no existiendo indicios de mala praxis ni de mal funcionamiento de las instituciones públicas"*.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia, un representante de la reclamante obtiene vista del expediente sin que hasta la fecha haya presentado escrito de alegaciones.

OCTAVO.- Con fecha 12 de abril de 2007, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues no se ha acreditado el nexo de causalidad entre los daños sufridos y la actuación de los servicios sanitarios.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997,

de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño (*daños morales y psicológicos*, según la interesada) imputado al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro sanitario en el que se produjo la atención urgente a la que se imputa el daño.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas, y la Ley 41/2002, de 19 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad, y 4 y 10 de la Ley 41/2002); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

1. Alegaciones de la reclamante.

Para ésta la causa del daño se encuentra en la deficiente actuación del personal sanitario, que no supo detectar la urgencia del caso, demorando la práctica de la cesárea. Ese retraso fue fatal para uno de los gemelos, que fallece a las pocas horas del alumbramiento.

Del mismo modo, parece considerar que no se practicó adecuadamente la intervención quirúrgica, toda vez que quedaron en el interior de su cuerpo hematomas que se infectaron, obligándola a someterse a una nueva operación.

2. La “*lex artis*” y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho de la interesada a ser indemnizada por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente*

complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas y terapéuticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

En definitiva, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por la paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la atención pre, post y perioperatoria permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio, como pretende la reclamante, conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe

resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

3. Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

a) De conformidad con el expediente, queda acreditado que la paciente acude al Hospital durante la 29ª semana de gestación, al sentir pérdidas de líquido amniótico. Es ingresada inmediatamente ante la sospecha de rotura prematura de membranas, pautándose tratamiento con antibióticos, corticoides y tocolíticos.

Durante el ingreso se le realizan controles periódicos de frecuencia cardíaca, temperatura, compresas (para verificar y cuantificar la expulsión de líquido amniótico), controles de frecuencia cardíaca fetal y monitores. Las ecografías muestran el crecimiento intraútero de los dos fetos y del líquido amniótico en ambas bolsas.

La paciente se encuentra apirética, sin dinámica uterina y poca expulsión de líquido amniótico hasta la tarde del 2 de diciembre de 2003, en que comienza a sentir dolores abdominales, siendo conducida a dilatación. Durante la monitorización se objetiva una temperatura de 39 grados centígrados, indicándose la cesárea urgente y la finalización de la gestación, lo que se lleva a efecto esa misma noche.

Tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora del SMS coinciden en que la actuación de los profesionales sanitarios en el período pre y perinatal fue ajustada a normopraxis. En este sentido, estando la paciente en la semana 29ª de gestación, y considerando la alta tasa de morbimortalidad neonatal cuando se produce el nacimiento en el período comprendido entre las semanas 26 a 34 de gestación, resulta indicado instaurar un tratamiento conservador con reposo, antibióticos, corticoides, controles clínicos, analíticos, ecográficos y de monitorización, con la intención de prolongar lo más posible la gestación e intentar llegar a la semana 31 cumplida.

Así lo establece el protocolo de actuación de la SEGO ante la rotura prematura de membranas, y así se hizo en el supuesto sometido a consulta, toda vez que se instauró tratamiento antibiótico intravenoso para prevenir la infección, se maduró el pulmón de los fetos con corticoides y se administraron betamiméticos para frenar la dinámica uterina. Por otra parte, la vigilancia realizada por enfermeras y matronas resultó exhaustiva y plenamente adecuada al referido protocolo, lo que permitió detectar el riesgo de corioamnionitis en el momento en que se produjo. Al constatar la elevación de la temperatura se pone término a la gestación de manera inmediata mediante cesárea.

b) La muerte del segundo gemelo no ha quedado acreditado que pueda vincularse causalmente al retraso en practicar la cesárea. Antes al contrario, el informe del Servicio de Pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca indica como causa principal de la muerte una sepsis congénita con insuficiencia respiratoria grave y shock secundario, añadido a una inmadurez pulmonar.

En el informe de UCI Neonatal constan en el apartado de juicio diagnóstico los de prematuridad; EMH (enfermedad de la membrana hialina, considerada la segunda causa de la mortalidad neonatal y que determina un síndrome de distress respiratorio); neumonía-sepsis a E. Coli; hipertensión pulmonar severa y shock endotóxico e hipoxémico refractario. Ninguna de tales patologías han podido ser vinculadas por la reclamante a la atención mé-

dica recibida durante el período pre o perinatal, sin que haya formulado imputación alguna relativa a la asistencia prestada al neonato en la UCI.

La Inspección Médica, por su parte, niega que la tardanza en practicar la cesárea sea la causa de la muerte del pequeño, situándola por el contrario en las complicaciones infecciosas, unidas a la prematuridad e inmadurez de aquél.

c) La intervención quirúrgica a que fue sometida la reclamante tres días después de la cesárea no se debe a la existencia de restos placentarios o a hematomas preexistentes que se dejaron en su interior, tal como alega la paciente, sino que responden a complicaciones propias (íleo paralítico y hematomas producidos durante la intervención) de una cesárea realizada en condiciones que incrementaban su riesgo, tales como el hecho de tratarse de un embarazo pretérmino, la urgencia con que se llevó a efecto y la existencia de un proceso infeccioso activo.

En cualquier caso, tanto la Inspección como los peritos de la aseguradora del SMS coinciden en afirmar la adecuación a normopraxis de la cesárea realizada.

Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes la reclamante guarda silencio, pues no sólo omite proponer una prueba pericial que pudiera desvirtuarlo, sino que deja transcurrir el plazo concedido para formular alegaciones durante el trámite de audiencia, sin hacer uso del mismo. La única prueba propuesta por la interesada consiste en que se traiga al procedimiento la historia clínica de la paciente y de sus hijos, resultando insuficiente su mera contemplación por ojos profanos en la ciencia médica para desvirtuar las consideraciones y conclusiones técnicas a que llegan los facultativos informantes en el procedimiento.

Procede concluir que, correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de una omisión del tratamiento exigido por la ciencia médica, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el fallecimiento del recién nacido y los consecuentes daños morales y psicológicos alegados por la reclamante, y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni el carácter antijurídico de dicho daño que, en la medida en que no se ha podido vincular su generación a la asistencia sanitaria, ha de entenderse ligado a la natural evolución de la situación y patologías presentes en los pacientes, procediendo en consecuencia confirmar la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no han quedado acreditados en el expediente la concurrencia de los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ni su antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 98/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. L. T. en nombre y representación de A. C. de S. y R. S.A. y su asegurado D. J. M. M., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 04/07/07

Extracto de Doctrina

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional, en sentencia de 16 de mayo de 2006, recoge la exégesis jurisprudencial del artículo 1905 del Código Civil, realizada por sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de febrero de 1996, según la cual “basta que el daño esté causado por el animal, que a él se le pueda atribuir, y en el caso de autos lo ha sido la invasión repentina de la calzada, supuesto de responsabilidad según el precepto citado, que ya ha sido contemplado por esta Sala en las sentencias de 23 de noviembre de 1976 y 25 de abril de 1991”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2006, D. J. L. T., en nombre y representación de A. C. S. R. S.A., y del asegurado de ésta, D. J. M. M., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por importe de 4.400,86 euros para la primera y 600 euros para el segundo, por los daños sufridos en accidente de circulación producido el día 26 de abril de 2006, en la carretera MU-414, de Santomera a Abanilla, km. 8.7, cuando un animal, macho cabrío con crotal nº X, cruzó de improviso la calzada, con el resultado de daños materiales en el vehículo matrícula X, propiedad de D. J. M. M..

De conformidad con la reclamación, el coste de reparación del vehículo ascendió a 5.000,86 euros, de los que 4.400,86 fueron abonados por la compañía de seguros y el resto, 600 euros, lo fueron por el propietario del vehículo, al ascender a dicha cantidad la franquicia establecida en su contrato de seguro a todo riesgo.

El título de imputación de los daños a la Consejería reclamada lo sitúan los interesados en el hecho de que el animal se le escapó a personal técnico de ésta cuando lo iban a sacrificar, según pudieron conocer por conducto de la Guardia Civil.

Junto a la reclamación se aporta la siguiente documentación:

a) Informe estadístico ARENA de la Dirección General de Tráfico, elaborado por la Guardia Civil, que acredita la producción del accidente en el lugar y fecha indicados en la reclamación, señalando como hora del suceso las 22.30. De los datos consignados en el referido documento son de destacar que la velocidad a la que circulaba el conductor (“+80 km/h”), no comporta infracción del límite de velocidad; y, en el apartado 66 del informe “estado del vehículo” se consigna “*aparentemente ningún defecto*”.

En el apartado “comentarios”, consta la siguiente descripción del accidente: “*el citado turismo, asegurado con la Compañía A., póliza..., circulaba sentido Abanilla. Llegado al lugar escenario de los hechos, atropelló a un animal (macho cabrío, con crotal nº X) que cruzaba la calzada de su margen derecho al izquierdo. Dicho animal se le escapó a em-*

pleados de la Consejería de Agricultura y Agua, Dirección General de Ganadería y Pesca -Sanidad Animal- de Murcia, cuando iba a ser sacrificado en G. M., de Abanilla, con fecha 19 de abril de 2006”.

b) Factura de reparación del vehículo X, extendida por taller mecánico, de fecha 12 de mayo de 2006, según la cual, el vehículo tuvo entrada para su reparación el 28 de abril de 2006. La reparación afectó a la parte delantera del vehículo (chapa, radiador, sistema de aire acondicionado y faro derecho). La reparación fue abonada por la compañía aseguradora, salvo el importe de la franquicia, que lo fue por el asegurado.

c) Peritación de los daños efectuada por la aseguradora.

SEGUNDO.- Mediante oficio de fecha 3 de octubre de 2006 se efectúa la comunicación prevista en el art. 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sobre plazo de resolución del procedimiento, efectos del silencio y designación de instructora.

Asimismo, se requiere al reclamante la aportación de los siguientes documentos: acreditación de la representación del Letrado actuante, y fotocopia compulsada del DNI y NIF de la persona beneficiaria de la indemnización, del permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo, así como de las condiciones generales y particulares de la póliza, con mención de las garantías cubiertas y recibo del pago de la anualidad correspondiente.

TERCERO.- Solicitado informe a la Dirección General de Ganadería y Pesca, como centro directivo cuyo funcionamiento ha podido causar la lesión indemnizable, es emitido por el Servicio de Sanidad Animal el 30 de octubre de 2006. Con fecha 27 de noviembre se emite informe técnico complementario por el mismo servicio.

Los referidos informes se expresan en los siguientes términos:

“El animal que provocó el siniestro, era un macho cabrío con número de identificación individual en crotal auricular X, su sacrificio y destrucción era obligatorio junto con otro grupo de animales (250 ovinos y caprinos de la misma explotación), debido a la confirmación oficial de la presencia de una Encefalopatía Espongiforme Transmisible (EET), en la explotación de origen de estos animales (Según artículo 13 del Reglamento (CE) nº 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles y sus modificaciones).

Los sacrificios y destrucción obligatorios de pequeños rumiantes que establece la legislación al confirmarse oficialmente una enfermedad, se realizan en un lugar autorizado, en este caso se declaró EET y era obligatorio: (como establece el reglamento nombrado anteriormente) sacrificar; realizar la toma de muestras de encéfalo de 150 animales y destruir todos los cadáveres. Dado el volumen de sacrificio y destrucción y la manipulación necesaria (sección y apertura del cráneo de 150 animales) para tomar las muestras de encéfalo, se decidió sacrificar en la planta de transformación de cadáveres “G. M. G. SL”, para que el trabajo se realizara de la forma más eficaz y sobre todo más higiénica.

En general todo proceso de sacrificio obligatorio comienza con la notificación oficial al propietario de los animales (titular) de los números de identificación individual de los animales a sacrificar; la fecha, hora y el lugar de sacrificio, el titular transporta los animales al lugar, en fecha y hora notificados, y los controladores pecuarios sacrifican uno a uno

los animales con pistola de bala cautiva en presencia del veterinario oficial que certifica que se sacrifican los animales notificados, a través de la observación de los números de identificación individual que llevan los animales. Puede ser que durante este proceso, un animal se escape accidentalmente, como ocurrió en este caso, y hasta que se localizó pueda provocar daños” (Informe de 30 de octubre de 2006).

“El animal se escapó mientras se le sujetaba para ser sacrificado con la pistola (no durante el traslado). El personal de la Consejería sólo actúa durante el sacrificio, no durante el transporte, por tanto se le escapó a personal de la Consejería” (Informe de 27 de noviembre de 2006).

CUARTO.- El 3 de noviembre de 2006, D. J. L. T. aporta copia compulsada de escritura de poder otorgada por la entidad A. y copia de la póliza de contrato suscrito por D. J. M. M. con la referida aseguradora. Entre las garantías contratadas consta la de “reclamación de daños”, en cuya virtud la referida entidad se compromete a ejercer en favor del asegurado las acciones amistosas y legales oportunas para obtener de un tercero, que resulte ser responsable civil, el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido en un accidente de circulación en el que haya estado involucrado el vehículo asegurado.

Con la misma fecha, presenta escrito de proposición de prueba consistente en solicitar al taller mecánico que ratifique la factura de reparación del vehículo.

QUINTO.- Con fecha 15 de diciembre de 2006, se dirige oficio a la Comandancia de la Guardia Civil solicitando información. Contesta el instituto armado remitiendo el formulario estadístico que ya había sido aportado por el reclamante.

Asimismo, se dirige oficio al taller mecánico para práctica de la prueba propuesta, siendo ratificada la factura de la reparación, informando el taller que el importe de la factura fue abonado tanto por la compañía aseguradora como por el propietario del automóvil accidentado, en las cantidades indicadas en la reclamación.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia, con fecha 9 de marzo de 2007, se presenta escrito de alegaciones en las que se pone de manifiesto lo siguiente:

– El evento queda acreditado a través del atestado y de los informes emitidos por el Servicio de Sanidad Animal.

– La actividad de la Administración en este asunto es el cumplimiento del art. 13 del Reglamento (CE) 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles en animales ovinos, por lo que se procedía a sacrificar al animal.

– Los daños reclamados quedan acreditados mediante la factura e informe pericial aportados.

– Los daños son consecuencia del accidente sufrido, cuya causa se encuentra en que a empleados de la Consejería se les escapó el animal en el momento de proceder al sacrificio, provocando los daños al cruzar la vía por la que circulaba el vehículo.

SÉPTIMO.- Con fecha 26 de marzo de 2007, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que existe nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños ocasionados en el vehículo.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 11 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

1. La legitimación activa, cuando de daños a las cosas se trata, corresponde primariamente a su propietario. En el supuesto sometido a consulta no consta la propiedad del vehículo accidentado, pues aunque se solicitó por la instructora la aportación del correspondiente permiso de circulación, éste no fue aportado al procedimiento. Sin embargo, ningún obstáculo existe para reconocer legitimación a quien sufre el daño de manera efectiva, al abonar el coste de reparación del automóvil accidentado, pues es evidente que sufre un detrimento en su patrimonio.

En consecuencia, acreditado el pago de la reparación por parte de la aseguradora y del asegurado, cabe reconocerles legitimación para exigir el resarcimiento de los costes sufragados por cada uno de ellos. A la mercantil, en virtud de la subrogación que prevé el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, según el cual, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado, frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

En cuanto a la representación del letrado actuante, a juicio de la instructora ha quedado suficientemente acreditada mediante la aportación de escritura de apoderamiento general para pleitos otorgada en su favor por la compañía de seguros, si bien dicho extremo no puede ser contrastado por el Consejo Jurídico, toda vez que la copia incompleta que consta en el expediente remitido no recoge el apoderamiento a favor del Sr. L. T..

Reconocida la representación con que actúa el Letrado respecto de la indicada mercantil, no puede considerarse acreditada respecto del tomador del seguro, quien según consta en el expediente, abonó directamente el importe de la franquicia. La subrogación de la compañía de seguros en la posición activa del propietario del vehículo deriva precisamente del abono de la indemnización, por lo que no puede alcanzar a la cantidad pagada por el Sr. M. en concepto de franquicia, que sólo podrá reclamar aquél o la aseguradora con poder bastante, extremo este último que no consta en el expediente.

En consecuencia, hubo de requerirse al letrado que subsanara su defecto de representación respecto del Sr. M. M., conforme a lo dispuesto por el artículo 32 LPAC.

2. Comoquiera que el accidente de que trae causa el presente procedimiento tuvo lugar el 26 de abril de 2006, la reclamación presentada el 14 de septiembre siguiente, lo fue dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC para la prescripción del derecho a reclamar.

3. La instrucción ha seguido los trámites exigidos por las normas reguladoras de los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no apreciándose carencias esenciales.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC que, puesto en relación con el 141 de la misma Ley, establece como requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

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

CUARTA.- El daño.

La factura de reparación del vehículo acredita la existencia de daños considerables en su parte frontal y el informe elaborado por la Guardia Civil hace constar que el automóvil circulaba a una velocidad superior a 80 Km/h., sin que ello comporte infracción del límite de velocidad.

Es conforme a las máximas de la experiencia que el impacto de un vehículo con un animal de considerable tamaño como es un macho cabrío, a una velocidad de más de 80 Km/h., genera en el automóvil una serie de desperfectos, cuya extensión y gravedad variarían según múltiples y diversos factores. En cualquier caso, lo que parece seguro es que un choque como el descrito ha de dejar secuelas en el coche.

Esta presunción parece ser confirmada con la mera presencia de la Guardia Civil, pues de no existir daños en el vehículo ni lesionados, probablemente aquélla no habría llegado a actuar levantando atestado. Asimismo, la cercanía en el tiempo entre la fecha del accidente (26 de abril a las 22.30 horas) y la entrada del vehículo en taller (28 de abril) parecen indicar que los desperfectos allí reparados tuvieron su causa en el accidente de circulación descrito en el atestado policial.

En consecuencia, puede considerarse acreditado que el vehículo sufrió daños como consecuencia del impacto con el animal, cuya extensión y valoración coinciden con los expresados en la factura del taller de reparaciones.

Ello no obstante, en supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños sufridos por vehículos particulares en accidentes de circulación, una actuación instructora recomendable consiste en solicitar el parecer de algún órgano o unidad administrativa técnica (por ejemplo, el Parque Móvil Regional u otro competente para el mantenimiento de los vehículos), que pueda informar acerca de la adecuación o no entre los desperfectos reparados y las circunstancias del accidente que supuestamente los haya originado.

QUINTA.- De la existencia de nexo causal.

Ha quedado acreditado en el expediente que el animal que provoca el accidente se le escapa a personal dependiente de la Consejería de Agricultura y Agua, cuando procedían a su sacrificio en cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de prevención, control y erradicación de enfermedades transmisibles.

De conformidad con el artículo 1905 del Código Civil, el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, 12 de abril de 2000, resume la doctrina jurisprudencial y los precedentes en estos términos: *“Con precedentes romanos (“actio de pauperie”), nuestro Derecho Histórico se preocupó de la cuestión en forma bien precisada y así el Fuero Real (Libro IV, Título IV, Ley XX), obligaba al dueño de los animales mansos (que incluía a los perros domésticos) a indemnizar los daños causados. La Partida VII, Título XV, Leyes XXI a XXIII, imponía a los propietarios de animales feroces el deber de tenerlos bien guardados y la indemnización incluía el lucro cesante. El Código Civil español no distingue la clase de animales y su artículo 1905, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, constituye uno de los escasos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro Ordenamiento Jurídico (Ss. de 3-4-1957, 26-1-1972, 15-3-1982, 31-12-1992 y 10-7-1995), al proceder del comportamiento agresivo del animal que se traduce en la causación de efectivos daños, exigiendo el precepto sólo causalidad material.”*

El criterio de imputabilidad es la posesión del animal o servirse de él, *“lo que significa que se impone la obligación de reparar el daño al que tiene el poder de hecho (posesión de hecho, inmediata) o el interés en la utilización (servicio) del animal, sea o no propietario. La sentencia de 28 de enero de 1986 precisa que se trata de una responsabilidad por riesgo inherente a la utilización del animal”* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 29 de mayo de 2003).

La aplicabilidad de esta doctrina al ámbito de la responsabilidad patrimonial no plantea dificultades, toda vez que coincide el carácter objetivo de la responsabilidad, lo que exige de probar la culpa o negligencia en el actuar de los agentes de la Administración. Además, en virtud del principio de responsabilidad directa, las consecuencias de dicha actuación se imputan a la Administración titular del servicio, cuando, como ocurre en el supuesto sometido a consulta los funcionarios se encuentran en el ejercicio de las funciones públicas (control de zoonosis) que les corresponden.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional, en sentencia de 16 de mayo de 2006, recoge la exégesis jurisprudencial del artículo 1905 del Código Civil, realizada por sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de febrero de 1996, según la cual *“basta que el daño esté causado por el animal, que a él se le pueda atribuir, y en el caso de autos lo ha sido la invasión repentina de la calzada, supuesto de responsabilidad según el precepto citado, que ya ha sido contemplado por esta Sala en las sentencias de 23 de noviembre de 1976 y 25 de abril de 1991”*.

Siendo el título de imputación el de la posesión del animal o el interés en su utilización, es determinante el informe complementario emitido por el Servicio de Sanidad Animal en el que de forma sintética distribuye cronológicamente la responsabilidad de cada uno de los

agentes que intervienen en el proceso de eliminación de los animales contaminados. Así, manifiesta que el ganadero (propietario) se responsabiliza de transportar los animales vivos a la planta de tratamiento de cadáveres donde se va a proceder al sacrificio; el personal de la Consejería de sacrificarlos; y la planta de tratamiento, de gestionar los cadáveres.

Comoquiera que el macho cabrío causante de los daños se escapa en el momento inmediatamente anterior al sacrificio, cuando ya ha quedado fuera del ámbito de disposición y control de su propietario y se encuentra bajo la vigilancia de los agentes pecuarios dependientes de la Consejería de Agricultura y Agua, a éstos corresponde la posesión del mismo, en la medida en que son los que tienen el poder de hecho, inmediato, sobre el animal.

Del mismo modo, el interés en la utilización del animal no es otro que el control y erradicación de la enfermedad declarada en la explotación a la que pertenecía, interés que sin dificultad admite la calificación de público, correspondiendo a la Administración regional su satisfacción mediante el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en materia de sanidad animal.

En consecuencia, cabe concluir que existe título de imputación suficiente a la Consejería de Agricultura y Agua respecto de los daños provocados por el animal.

Considerando, en fin, que del atestado policial no se desprende que el conductor del vehículo tuviera culpa alguna en el choque, acaecido durante la noche y a consecuencia de la imprevista irrupción en la calzada del animal, ni se dan circunstancias que puedan ser calificadas como fuerza mayor, procede declarar que existe relación de causalidad entre el anormal funcionamiento del servicio público regional de control de zoonosis y los daños sufridos por el automóvil.

Del mismo modo, las circunstancias descritas confirman la antijuridicidad del daño, en la medida en que el conductor del vehículo no viene obligado a soportarlo, como tampoco la mercantil que, en cumplimiento de las obligaciones que le incumben ex contrato, procede al abono de la indemnización correspondiente al seguro.

SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

El importe de la reparación de los desperfectos habidos en el vehículo, cuyo pago queda acreditado por la factura del taller mecánico, no ha sido combatido por la instrucción, debiendo en consecuencia, coincidir el *quantum* de la indemnización con lo abonado por cada parte y conforme al detalle que consta en el referido documento, a saber:

- 4.400,86 euros a la compañía de seguros.
- 600 euros al tomador del seguro, el Sr. M..

No obstante, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen, no ha quedado acreditada la representación del letrado actuante respecto del Sr. M., por lo que el abono de la indemnización correspondiente a este último debe quedar condicionado a la subsanación del defecto de representación advertido.

Conforme se indica en la propuesta de resolución, las cantidades habrán de ser actualizadas según lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- El abono de la indemnización debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Sexta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 99/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. I. C. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 04/07/07

Extracto de Doctrina

Sólo en el caso de que se produzca una infracción de la lex artis responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Don I. C. H. sufrió una caída casual el día 8 de octubre de 2003 en su lugar de trabajo, teniendo que ser ingresado urgentemente por presentar una “herida inciso-contusa en región perianal” e intervenido quirúrgicamente, practicándosele limpieza de la herida y sutura de la misma. El 11 de octubre se le da el alta hospitalaria.

El 21 de octubre de 2003 recibe el alta definitiva en consulta de cirugía y se le informa que la cicatrización total de la herida se producirá en unos 15 días, no precisando nueva revisión.

Según el reclamante, la herida empeora y se infecta, sufriendo dolor e inflamación, y a pesar de que recibe el alta laboral el 3 de noviembre de 2003, debe acudir de nuevo a consulta el 11 de noviembre, fecha en que la doctora que le asiste diagnostica que “no existe signo de infección, con buena evolución aunque lenta”, prescribiéndole curas una o dos veces por semana y tratamiento antiinflamatorio.

En una de las curas, el 9 de febrero de 2004, la enfermera del Centro de Salud de la Manga, Consultorio de Cabo de Palos, supervisada por la Dra. P. P., extrae de la herida un trozo de tela de unos 2 centímetros; posteriormente, en fechas 22 y 29 de marzo, y 5 de

abril de 2004 se extraen filamentos de tela, hasta que el día 12 de abril de 2004 la herida queda limpia y cicatrizada.

SEGUNDO.- Como consecuencia de los hechos relatados, el interesado interpone reclamación patrimonial con fecha 18 de enero de 2005, en la cual solicita al Servicio Murciano de Salud una indemnización de 5.187,60 euros, en concepto de días de incapacidad, conforme al siguiente detalle: 26 días improductivos, a razón de 45,8 euros/día, y 162 días no improductivos a razón de 24,67 euros/día.

TERCERO.- Con fecha 17 de febrero de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que es notificada al interesado así como al Hospital Santa Maria del Rosell y a la Gerencia de Atención Primaria, solicitando la historia clínica del paciente y los informes de los facultativos que le atendieron.

CUARTO.- Recibida la documentación del Hospital, la historia clínica se completa con el informe del Dr. A. M., Jefe de Sección de Cirugía:

“El ocho de octubre de 2003 fui requerido como cirujano de guardia ese día al Servicio de Urgencias para evaluar un paciente con una herida perianal producida, según relato del mismo paciente, cuando se encontraba manipulando un aparato de aire acondicionado en su despacho “subido sobre una mesa con un pie apoyado sobre el respaldo de una silla”, perdiendo el equilibrio y cayendo a horcajadas sobre la misma. Como consecuencia de la caída, al parecer había un clavo o tornillo que sobresalía del respaldo, presentaba una herida inciso contusa en región perianal, entre las cinco y las seis horarias en posición de litotomía, de unos seis centímetros de longitud y que no sangraba con profusión en el momento de la inspección. Se procedió a la exploración manual de la misma hallando que penetraba profundamente en la fosa isquiática por lo que se decidió la exploración de la misma bajo anestesia.

Se completó estudio preoperatorio rutinario de urgencias, se administró gammaglobulina antitetánica y se procedió a la exploración de la misma bajo anestesia intradural completada con sedación por el alto grado de ansiedad del paciente y bajo cobertura antibiótica de amplio espectro para anaerobios y gram negativos.

Tal y como está descrito en la hoja operatoria, nos encontramos una herida inciso contusa, situada entre las cinco y las seis horarias en posición de litotomía, de unos seis centímetros de longitud y con trayecto ascendente. Paralelo a la pared rectal, que aparecía disecada y adelgazada en unos ocho centímetros, pero conservando su integridad, así como un desgarrar parcial de las fibras del esfínter externo homolateral. No se evidenciaron lesiones de vasos importantes como tampoco uretrales ni prostáticos. Se intentó la sutura de las fibras desgarradas del esfínter externo, no lográndose por el alto grado de atrición del mismo y no insistiéndose en la maniobra por quedar las suficientes fibras para mantener la continencia esfinteriana y por el riesgo de lesionar una pared rectal adelgazada y contusionada, cuya perforación habría supuesto la posterior abscesificación y aparición de una fistula rectal, en el caso más favorable, por contener heces el recto en el momento de la intervención.

Se procedió posteriormente al lavado mediante irrigación a presión mediante jeringa de disolución de agua oxigenada en suero fisiológico con el fin de arrastrar el posible material contaminado y los detritus que pudiesen quedar y se finalizó dejando un drenaje aspirativo tipo Redon y aproximando sólo la piel con material reabsorbible a fin de favorecer

la cicatrización y favorecer la posible salida de supuración, a todos los efectos previsible, dado que toda herida perineal se considera sucia por su proximidad al ano.

Se dejó cobertura antibiótica permaneciendo el paciente 48 horas en el Hospital, siendo dado de alta el día 11, deambulando y apirético, para continuar con revisiones en la consulta externa. Se mantuvo la cobertura antibiótica y se prescribieron medidas higiénicas.

En dicha consulta fue visto por mí en dos ocasiones. La primera sobre la semana de ser alta en planta, sin que pueda precisar la fecha, dado que no hay documento alguno que la indique y por presentar dehiscencia de uno de los puntos de aproximación de la piel. El aspecto de la herida era bueno por lo demás y el paciente no había tenido fiebre y deambulaba con normalidad, la segunda, el día 24 de octubre en el que el propio paciente me solicita el alta, manifestando encontrarse bien y no poder atender su consulta privada por encontrarse de baja. Dado que el aspecto de la herida, cicatrizando en parte por segunda intención era bueno, emito el informe de consultas externas adjunto a la reclamación con destino al médico de la mutua e, insisto en ello, a petición del propio paciente al que ya no vuelvo a ver.

No puedo valorar el resto de una evolución que desconozco pero sí he de manifestar:

1. La actuación quirúrgica fue correcta, poniéndose todos los medios para la recuperación del paciente y evitar posibles complicaciones.

2. Pese a todo, evidentemente, cabe la posibilidad de que queden cuerpos extraños inadvertidos en una herida de estas características, máxime si son de pequeño tamaño e ilocalizables radiológicamente.

3. Las características de la herida, relativamente limpia y tratada de forma precoz, sin pus ni esfacelos, y su localización perianal, con desgarró parcial del mecanismo esfinteriano y disección y adelgazamiento de la pared rectal, contraindicaban conductas quirúrgicas más agresivas tales como la ampliación de la herida y los desbridamientos que hubiesen podido causar mayores perjuicios –incontinencia, abscesos, fístulas rebeldes, etc.– que beneficios, como el hipotético hallazgo de minúsculos trozos de ropa y “filamentos” que, aún con todas estas maniobras, no habría seguridad de hallar.

4. En todo momento las relaciones entre mí y el paciente fueron de absoluta confianza, citándolo para los días en que yo estaba en consulta y efectuando personalmente las curas y las revisiones. En esta situación es llamativo que, ante un retardo en la evolución que se le había pronosticado, el paciente prefiera el consultorio de Cabo de Palos y ser curado por María C y supervisadas las curas por un médico generalista que acudir a una consulta especializada.”

Por su parte la Doctora P. P., del Consultorio de Cabo de Palos informa:

“Que este paciente en el momento de ser atendido era desplazado con lo cual no se abrió Historia Clínica (como ocurre con los pacientes desplazados).

Que se le atendió en el consultorio de Cabo de Palos por ser hermano de la enfermera del mismo (D. M. L. C. H.).

Que sí se documentó por escrito la evolución de la atención médico quirúrgica que se le prestó, siéndole entregada personalmente al paciente.”

QUINTO.- Con fecha 17 de junio de 2005 se solicita a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación, siendo remitido a la instrucción el 12 de mayo de 2006. En él se llega a la siguiente conclusión:

“Queda demostrado que tras el accidente sufrido por D. I. C. H., en el que se produjo una herida profunda en zona perianal, no se realizó una limpieza exhaustiva de la misma, por las razones expuestas anteriormente, y quedaron restos de tela en el interior, que ocasionaron un retardo en la cicatrización”.

SEXTO.- La compañía aseguradora Z. aporta dictamen realizado colegiadamente por médicos especialistas en Cirugía y Aparato Digestivo.

Se considera en este dictamen que:

– *“No se realizaron maniobras instrumentales que hubiesen podido lesionar la ya debilitada pared rectal, que produciría una lesión abierta de recto con infección severa concomitante y muy probablemente abscesos y fistulas de difícil curación. Así pues, se realizó un tratamiento totalmente correcto en esta clase de heridas. La manipulación instrumental, no hubiese conseguido la extracción de pequeños trozos de tela, filamentos, etc., por ser elementos no radioopacos, maleables y de muy difícil aprehensión en cavidades sinuosas y profundas, sin exponerse a ocasionar lesiones de difícil reparación”.*

– *“El hecho de expulsar un cuerpo extraño incluido en la herida y procedente del momento de producirse la lesión no implica negligencia o mala praxis”.*

– Advierte asimismo el dictamen que las curas, que se le realizaron en el Consultorio de Cabo de Palos, fueron realizadas por una enfermera no especializada y supervisadas por un médico no especialista.

El informe concluye afirmando que el tratamiento efectuado es totalmente correcto y evitó lesiones mayores que se hubieran producido con maniobras instrumentales, calificando la actuación de los profesionales que atendieron al paciente en el hospital como acorde con la *lex artis*.

SÉPTIMO.- Comunicada a los interesados la apertura del trámite de audiencia, la aseguradora del Servicio Murciano de Salud solicita que se realicen preguntas aclaratorias a la Inspección Médica, que contesta conforme al siguiente detalle:

– Primera aclaración: *¿Considera correcta la limpieza realizada?*

Respuesta: *Sí, el cirujano procedió de acuerdo a los protocolos quirúrgicos establecidos para una herida clasificada como sucia por sus características (punzante, anfractuosa, profunda y con proximidad al ano y desgarró parcial de las fibras del esfínter externo, que atraviesa y arrastra ropa del paciente).*

– Segunda aclaración: *¿Es cierto que si se realiza una limpieza más agresiva se pueden ocasionar daños que condicionen complicaciones severas?*

Respuesta: *Sí, las heridas y lesiones perineales extensas son tratadas inicialmente considerando únicamente la desbridación del tejido necrótico e infectado, dejando a veces, si así lo requiere, para un segundo tiempo la reparación del mecanismo del esfínter, con el fin de evitar complicaciones sépticas, las cuales son consideradas como las más frecuentes en este tipo de pacientes y la causa directa de mortalidad.*

En este caso no había lesión extensa perineal, pero sí desgarro parcial de las fibras del esfínter externo. El cirujano realizó una limpieza lo más exhaustiva posible bajo anestesia con la precaución de no dañar tejidos próximos, entre ellos la pared del recto, que de lesionarse en una limpieza instrumentalizada, hubiera podido presentar complicaciones mayores como sepsis, abscesos o fístulas.

La clave para un adecuado tratamiento en este tipo de heridas, es una vigilancia apropiada con un cuidadoso seguimiento por parte de cirujanos especializados. El paciente no vuelve a revisión en consulta especializada y realiza las curas por enfermera no especializada y supervisado por médico no especialista.

– Tercera aclaración: *¿En este sentido el hecho de que no se realizara una limpieza más exhaustiva es una práctica correcta para evitar daños mayores?*

Respuesta: *Sí.*

– Cuarta aclaración: *¿Por tanto se considera que se cumplió la lex artis ad hoc?*

Respuesta: *Sí.*

Finalmente la Inspección Médica concluye:

“1.- Queda demostrado que tras el accidente sufrido por D. I. C. H., en el que se produjo una herida profunda en zona perianal no se pudo realizar una limpieza exhaustiva de la misma, dada la situación anatómica y características de la misma, y quedaron restos de tela en el interior, que ocasionaron un retardo en la cicatrización.

2.- El tratamiento efectuado es totalmente correcto y evita lesiones mayores que se hubiesen producido con maniobras intra rectales.

3.- En las heridas sucias y anfractuosas es difícil conseguir una limpieza total sin daño de los tejidos periféricos, por tanto el tratamiento no termina con el cierre quirúrgico, sino que requiere una segunda parte quizás la más importante, el seguimiento estricto y especializado hasta su total curación.

OCTAVO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia, no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico que el reclamante haya presentado alegaciones.

NOVENO.- Con fecha 14 de marzo de 2007, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no se dan en el supuesto los requisitos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y el daño sufrido por el paciente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Adminis-

tración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

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

Respecto a la legitimación pasiva, cabe referirla a la Administración regional al haberse prestado la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño en un hospital de su titularidad.

2. El interesado ejerció su derecho a reclamar en el plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC, pues, cuando de daños físicos o psíquicos se trata, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción ha de buscarse en el momento de la curación, que en el supuesto sometido a consulta debe identificarse con el día 12 de marzo de 2004, cuando la herida queda limpia y cicatrizada tras las sucesivas curas que tuvieron lugar en el Consultorio de Cabo de Palos, conforme informa la doctora que las supervisó.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP (a la fecha de solicitud de este Dictamen, ya son 26 los meses invertidos en su tramitación).

Singular reproche merece la paralización del procedimiento durante once meses entre la solicitud del primer informe a la Inspección Médica (el 17 de junio de 2005) y su evacuación (el 8 de mayo de 2006).

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

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

Asimismo, al examinar reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que,

para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

A su vez la doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

1.- Alegaciones del reclamante.

Para el reclamante, la infección que ha padecido y las constantes curas, tienen su causa en las siguientes circunstancias:

Una inadecuada asistencia sanitaria, contraria a la *lex artis*, pues fue intervenido quirúrgicamente, practicándosele limpieza de la herida y sutura de la misma, *“dejando en el interior de la misma sin extraer, trozos de tela, que el propio organismo se ha encargado de ir rechazando, en un proceso de seis meses aproximadamente, proceso muy doloroso desde el principio debido a la zona en la que se encontraba, y que gracias a las curas diarias efectuadas y la extracción que se realizaba durante dichas curas de los cuerpos extraños que iba rechazando el organismo, no han dado lugar a consecuencias mucho más graves que podían haberse producido.”*

2.- La “lex artis” y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho del interesado a ser indemnizado por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de*

causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas y terapéuticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En definitiva, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de

la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

3.- Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

Ha quedado acreditado en el expediente que quedaron restos de la tela del pantalón dentro de la herida y que ello ocasionó un retardo en su cicatrización y resolución definitiva.

El cirujano que atendió al paciente en Urgencias manifiesta en su informe que *“Las características de la herida, relativamente limpia y tratada de forma precoz, sin pus ni esfacelos, y su localización, perianal, con desgarro parcial del mecanismo esfinteriano y disección y adelgazamiento de la pared rectal, contraindicaban conductas quirúrgicas agresivas tales como la ampliación de la herida y los desbridamientos, que hubiesen podido causar mayores perjuicios –incontinencia, accesos fistulares rebeldes, etc.- que beneficios, como el hipotético hallazgo de minúsculos trozos de ropa y “filamentos” que, aun con todas esas maniobras no habría seguridad de hallar”*.

Por su parte, la Inspección Médica confirma lo adecuado de la actuación efectuada, pues si no se efectuó una limpieza más exhaustiva de la herida, fue por su situación anatómica y características, calificando el tratamiento como correcto y necesario para evitar lesiones mayores, que podrían haberse producido de haberse utilizado otras maniobras instrumentales más agresivas.

Hace hincapié, además, en la importancia que tiene el seguimiento estricto y especializado de estas heridas sucias y anfractuosas hasta su total curación, afirmación que se realiza ante la circunstancia de que las curas se realizaron por personal no especializado.

El dictamen presentado por la aseguradora confirma la adecuación a normopraxis de la asistencia prestada al reclamante.

Frente a dichas conclusiones médicas el reclamante únicamente opone la prueba documental, consistente en la historia clínica e informes de las curas. Su examen por ojos profanos no permite advertir indicios ni, menos aún, pruebas de una mala praxis médica, máxime cuando la actuación de los facultativos intervinientes, tras ser analizada técnicamente, ha sido calificada de correcta y adecuada a la situación clínica del paciente.

Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución que no advierte, en los hechos en que se basa la reclamación, la presencia de elementos generadores de responsabilidad patrimonial, singularmente, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños sufridos por el reclamante, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación que se acompaña al expediente sometido a consulta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 100/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. M. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 09/07/07

Extracto de Doctrina

Una reacción adversa a la medicación tiene el paciente el deber jurídico de soportarla porque, al tiempo de prescribirse el fármaco, la ponderación de la ecuación riesgo-beneficio se inclinaba por el segundo término atendiendo a los conocimientos médicos del momento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de mayo de 2002, el Letrado D. J. L. L. C. presenta, en nombre y representación de D. J. M. P., un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria recibida, al serle recetado el medicamento Lipobay (Cervastatina). Este escrito fue completado por otro posterior presentado el día 25 de noviembre de 2002. En concreto señala que con fecha 18 de septiembre de 1999 se le efectuó un trasplante de hígado en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (en lo sucesivo, HUVA), razón por la cual le fue prescrito un tratamiento médico mediante Sandimmun Neoral (cuyo principio activo es la Ciclosporina) y Lipobay. Este último medicamento se le prescribe, en principio, en dosis de 0,2 mg. diarios, aunque, posteriormente, se aumenta a 0,4 mg. Tras la ingesta asociada de ambos fármacos, el paciente presenta astenia intensa y mialgias de intensidad creciente que lo llevan a un estado de postración que hizo preciso su ingreso en el HUVA, donde fue diagnosticado de “rabdomiólisis secundaria a estatinas, con fracaso renal agudo secundario”. Además, añade, como consecuencia de la rabdomiólisis que sufrió, se le desarrolló una dolencia cardíaca consistente en “ventrículo izquierdo con múltiples alteraciones segmentarias y disfunción sistólica moderada severa; doble lesión aórtica leve”.

El reclamante indica que *“por el Sistema Español de Farmacovigilancia se han detectado bastantes casos de rabdomiólisis asociados a cervastatina, de manera que al tratarse la rabdomiólisis de una reacción adversa bien conocida al uso de las estatinas, la Agencia Española del Medicamento, en fecha 30 de mayo de 2001, emitió Nota informativa, de sobra conocida, sobre Cervastatina y casos de Rabdomiólisis, en la que considera necesario recordar que se deberá tener especial cuidado cuando se administre cervastatina junto con medicamentos que inhiban la isoenzima 3A4 del citocromo P450, tales como la ciclosporina, entre otros”*.

El interesado afirma que la relación de causalidad entre las lesiones que padece y el tratamiento farmacológico prescrito es evidente e imputable al Servicio de Aparato Digestivo (Trasplantes) del HUVA, porque hubo un control incorrecto de la evolución del paciente, al no haber tenido en cuenta las indicaciones del prospecto del Lipobay sobre las posibles interacciones con otros medicamentos, que incluyen rabdomiólisis. Indicaciones que se incluían desde que el producto comenzó a comercializarse en España, es decir, con

anterioridad al momento en el que le fue prescrito. Añade que también se produjo una falta de información porque en ningún momento se le indicó el riesgo que corría con la ingesta de este medicamento, ya que de habersele hecho saber nunca los hubiera asumido.

Concluye solicitando una indemnización consistente en 180.000 euros por los daños sufridos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

TERCERO.- Por la instructora se solicita copia de la historia clínica del paciente a los Hospitales HUVA, Hospital General de Albacete y C. R. de Albacete, así como informes de los facultativos que lo atendieron.

De las historias clínicas del paciente cabe destacar lo siguiente:

1º. Paciente al que se realizó trasplante hepático en noviembre de 1999.

2º. En la fecha de alta hospitalaria se le prescribió Sandium neoral, Dacortín, Ranuber, Adalta oros y Lipemol (folio 113).

3º. Con fecha 25 de septiembre de 2000 se le instauró el siguiente tratamiento: Sandium neoral y Lipobay 0,2 mg diarios. El 26 de marzo de 2001, se le aumentó la dosis de este último medicamento a 0,4 mg. diarios (folios 114 y 115).

4º. El día 26 de abril de 2001 ingresa en el HUVA con un cuadro de astenia intensa, mialgias con intensidad creciente, disminución de la diuresis nocturna y orina de color coñac. Dolencias que merecen el siguiente juicio clínico: Rabdomiólisis secundaria a estatinas; fracaso renal agudo; insuficiencia respiratoria aguda; sepsis por E. Coli; edema agudo de pulmón secundario a crisis hipertensiva; trasplante hepático en noviembre de 1999; inmunopresión con ciclosporina (folios 94 y 95).

5º. El paciente presenta una cardiopatía isquémica con enfermedad coronaria severa de dos vasos; intervenido el 12 de junio de 2002 se le practica una doble derivación coronaria sin circulación extracorpórea descendente anterior distal con mamaria izquierda de tipo término-lateral con calidad de vaso bueno (folio 376).

Se incorporan al expediente los siguientes informes médicos:

Del Servicio de Farmacia del HUVA:

“El Lipobay, cuyo principio activo es cerivastatina, no se ha incluido nunca en la guía fármaco terapéutica del Hospital, además es un medicamento de dispensación normal por la oficina de farmacia (no es fármaco hospitalario), por lo que creo que el informe debe realizarlo la farmacia que se lo dispensó.

Como nota adicional le informo que cerivastatina fue suspendida temporalmente por la Agencia Española del Medicamento con fecha 7 de agosto del 2001 por los efectos adversos en concreto rabdomiólisis”.

Del Dr. M. L., del HUVA:

“1. El paciente J. M. P. fue sometido a un trasplante hepático (TH) por cirrosis hepática alcohólica en septiembre de 1999. Se inicio tratamiento de inducción con ciclosporina (Sammidimun Neoral) y Prednisona (Dacortín), presentando en el postoperatorio

una elevación persistente de los lípidos (triglicéridos y colesterol), insuficiencia renal e hipertensión arterial, secundario al tratamiento inmunosupresor (ciclosporina y prednisona). Se inicia de manera progresiva la disminución de dosis de inmunosupresión para mejorar estos efectos secundarios teniendo en cuenta no producir un rechazo agudo del hígado trasplantado.

El control se realiza con la cuantificación de los niveles valle en sangre de ciclosporina, bajando las dosis de prednisona y añadiendo azatioprina (Imurel) que no produce dislipemias, insuficiencia renal ni diabetes, para evitar el rechazo. Se realiza esta pauta terapéutica, al paciente asociada a dieta baja en grasas saturadas, durante 5 meses. A pesar de estas medidas mantiene triglicéridos 344 mg/dl colesterol 272 mg/dl.

2. El paciente fue informado de la elevación de los lípidos y su causa que era por la inmunosupresión. Aunque la inmunosupresión se bajó al máximo se le informó la necesidad de iniciar tratamiento con estatinas. El riesgo cardiovascular era alto, hipertensión arterial y lípidos elevados por dicho motivo se inicia tratamiento con estatina (Lipobay).

3. Durante el tratamiento con Lipobay el paciente recibió una dosis de 0,2 mg/día. Se inicia tratamiento 28.02.00 hasta el 26.03.01, durante este periodo los niveles de colesterol oscilan entre 496 a 204 mg/dl y los triglicéridos entre 188 y 502 mg/dl. La función hepática era normal y la insuficiencia renal leve (creatinina 1,7 mg/dl).

4. Durante el primer mes del trasplante se trató con una estatina (lipemol). Se suspendió por presentar una colestasis disociada y modificar la pauta inmunosupresora asociándose Imurel, esperando la mejoría de función renal y descenso de los lípidos (triglicéridos y colesterol).

5. El 26-03-01 el paciente es remitido a su endocrino de Albacete, para control y tratamiento de su dislipemia de difícil control por mantener niveles de triglicéridos de 502 mg/dl. Se le informa al enfermo del motivo por el cual debe ser visto por su endocrino. El tratamiento consistía en 75 mg de Sandimum Neoral cada 12 horas, Lipobay 0,4 mg. cada 24 horas y Adalat oros 1 comp. cada 24 horas.

El paciente volvió a consulta el 2-07-01, informándome haber padecido una rabdomiólisis secundaria a la toma de estatinas (Lipobay) a dosis de 0,4 mg cada 12 horas, según informe de nefrología”.

CUARTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 11 de enero de 2006, de forma conjunta por las Inspectoras Farmacéutica y Médica, con las siguientes conclusiones:

“1. La atención sanitaria, controles periódicos y tratamientos prescritos en todo momento por el paciente fueron adecuados y ajustados a las necesidades del momento.

2. El efecto adverso acaecido en el reclamante, la rabdomiólisis, ocurrió en Abril del 2001, antes por tanto de que en la Agencia Española del Medicamento emitiera nota informativa sobre cerivastatina y casos de rabdomiólisis (1ª alerta: 30 de mayo'01 y modificación de ficha técnica y prospecto: 2 de julio '01).

3. En los controles periódicos se observaron las “precauciones” a tener en cuenta, indicadas durante el tratamiento, tanto de inmunosupresores como de estatinas, desde el punto de vista de la experiencia y los conocimientos médicos del momento”.

Finalizan proponiendo la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- Mediante escrito fechado el 11 de abril de 2006, la instructora comunica al representante del interesado el rechazo de la practica de las pruebas propuestas bajo los números 3, 4, 5 y 6 en su escrito de reclamación, ya que por la Inspección Médica se ha considerado innecesarias por los motivos que se recogen en su informe (folio 599).

SEXTO.- Por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia se pone en conocimiento del SMS que en el procedimiento seguido ante dicha Sala, como consecuencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. M. P. contra la denegación presunta de su reclamación, se ha dictado auto en el que se tiene por desistido al recurrente.

SÉPTIMO.- Con fecha 14 de julio de 2006 se notifica a la aseguradora y al interesado, a través de su representante, la apertura del trámite de audiencia, sin que conste que hiciesen uso de él al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños alegados por el Sr. M. P.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 4 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por el propio paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En cuanto a la actuación mediante Letrado el artículo 32 LPAC establece que los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio

válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Precepto que se cumplimenta en este caso, mediante la aportación de escritura de poder otorgado por el interesado ante notario.

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional; siendo órgano competente para resolver el procedimiento el titular de la Consejería consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa la prescripción simultánea de dos fármacos cuyos principios activos eran la ciclosporina y la cerivastatina (lo que, a juicio del reclamante, habría desencadenado las enfermedades que más tarde padeció), se habría producido el día 25 de septiembre de 2000, pero las consecuencias dañosas alegadas no se habrían manifestado hasta el 26 de abril de 2001, fecha en la que se le diagnosticó en el HUYA que padecía rbdomiólisis y disfunción diastólica y estenosis aórtica ligeramente moderada, no habiendo sido dado de alta hasta el 31 de mayo de 2001 de la rbdomiólisis (folio 116) y el 17 de junio de 2002 de la intervención cardiaca que se le practicó (folio 125). Por lo tanto, la reclamación presentada el día 30 de mayo de 2002, ha de entenderse interpuesta en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP. No obstante cabe señalar que el artículo 13.3 RRP establece un plazo de duración del procedimiento de seis meses, transcurridos los cuales, el interesado puede entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo. La finalidad de esta presunción no es otra que la de permitir accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, facultad que fue ejercitada por el interesado, según consta acreditado en el expediente. Esta circunstancia no exime, sin embargo, a la Administración del deber de resolver expresamente, ya que el artículo 42 LPAC establece la obligación de la Administración a dictar resolución expresa en todos los procedimientos.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

- 1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.
- 2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.
- 3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.
- 4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Para el reclamante la causa del daño que alega (rabdomiólisis y lesión cardiaca) se encuentra en el hecho de que se le prescribió y administró conjuntamente dos medicamentos cuyos principios activos (ciclosporina y cerivastatina) interaccionan negativamente, tal como advertía el prospecto del Libopay y como admitía indirectamente la Agencia Espa-

ñola del Medicamento en su nota informativa de 30 de mayo de 2001, en la que consideró necesario recordar que se deberá tener especial cuidado cuando se administre cerivastatina junto medicamentos que inhiban la isoenzima 3A4 del citocromo P450, tales como la ciclosporina, entre otros. Riesgos sobre los que, según el interesado, nunca se le informó; sin que tampoco se hiciera un seguimiento de los posibles efectos adversos que era previsible que se produjeran.

Sin embargo, tanto de los datos obrantes en la historia clínica del reclamante, como del contenido de los informes médicos, incluido el de la Inspección Médica, se obtienen conclusiones radicalmente puestas a las que se mantienen por el interesado. Así, el tratamiento prescrito resultaba necesario atendiendo a la sintomatología del paciente (elevación de lípidos por inmunosupresión, según informe del Dr. M. L.); las dosis prescritas estuvieron siempre dentro de los límites aconsejados, es decir, nunca sobrepasaron los 0,4 mg al día, aunque en el informe de alta del servicio de nefrología del HUYA se indique que dicha cantidad se estaba ingiriendo cada 12 horas, todo parece indicar que se trata de un error, ya que tanto en los partes de consultas obrantes a los folios 114 y 115 del expediente, como en el informe del Dr. M., se recoge que la dosis de 0,4 mg. es diaria y en esos términos lo admite el propio reclamante (folio 134); el paciente estuvo controlado periódicamente como se desprende de la documentación obrante en la historia clínica, controles en los que, según afirma la Inspección Médica, se observaron las “precauciones” indicadas durante el tratamiento, tanto de inmunosupresores como de estatinas. También es altamente significativo, a los efectos que nos ocupan, que en las fechas las que se prescribió el Lipobay y se diagnosticó la rabdomiólisis fueran anteriores a aquéllas en las que la Agencia Española del Medicamento emitiera notas informativas sobre cerivastatina y casos de rabdomiólisis (de alerta, el día 30 de mayo de 2001; y de modificación de la ficha técnica y del prospecto, el día 2 de julio de 2001). Por otra parte, no puede obviarse el hecho de que las reacciones adversas de los medicamentos deben ponderarse teniendo en cuenta la ecuación riesgo-beneficio y la existencia o no de alternativas terapéuticas, y según la Inspección Médica la prescripción y los controles fueron, en este caso, adecuados atendiendo a la experiencia y a los conocimientos médicos del momento en el que se produjeron, sin que el reclamante haya acreditado mediante informe pericial alguno la realidad de sus afirmaciones que se ven, pues, reducidas a meras alegaciones de parte carentes de valor técnico para enervar los informes médicos aportados por la Administración.

En cuanto a las secuelas que el reclamante alega padecer en relación con la lesión cardíaca que se describe en la historia clínica, según se afirma por la Inspección Médica, no guardan relación alguna con la ingesta del fármaco Lipobay, dado que *“tanto la enfermedad de dos vasos (oclusión CD y lesión DA próxima) como la estenosis aórtica ligera, son procesos arterioscleróticos, degenerativos propios de la edad, que sí están en relación con factores de riesgo como hiperlipidemias, HTA, alcohol, tabaco... que están presentes entre los antecedentes personales del reclamante, y que ya aparecían en el ecocardiograma realizado previo a la inclusión en lista de espera para trasplante hepático el 8/2/99 (folio 24): Esclerosis valvular aórtica leve.”*

A tenor de lo expuesto, no puede apreciarse la existencia de un daño imputable a la Administración, puesto que la patología de rabdomiólisis que sufrió el paciente no se produjo con ocasión de la prestación del servicio público sanitario, sino que, por el contrario, fue una reacción adversa a la medicación que el reclamante tiene el deber jurídico de soportar porque, al tiempo de prescribirse el fármaco, la ponderación de la ecuación ries-

go-beneficio se inclinaba por el segundo término atendiendo a los conocimientos médicos del momento.

No habiéndose apreciado, en este caso, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta innecesario examinar la valoración del daño, su cuantía y el modo de la indemnización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 101/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. C. F., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. C. C., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 16/07/07

Extracto de Doctrina

Es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo en supuestos de atrapamiento de dedos por puertas en los colegios públicos, que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como una muy corta edad de los niños, o circunstancias que exijan una diligencia en el cuidado y vigilancia de los niños superior a la ordinaria. Así, entre otros, los Dictámenes del Consejo de Estado n°s 1977/2000, 3291/2000 y 848/2002.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de octubre de 2005, la dirección del CPEP “Nuestra Señora de los Dolores”, de Los Dolores, Cartagena, remite a la Consejería de Educación y Cultura una comunicación interior sobre el accidente sufrido ese día en el citado centro por el alumno A. C. C., que se dañó la primera falange de un dedo al pillarse con la puerta de entrada a los vestuarios de las alumnas, cuando pretendía entrar al mismo y fue cerrada dicha puerta por una alumna.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de abril de 2006, D. F. S. S., abogado, presenta escrito en el que solicita a la Consejería consultante que asuma la responsabilidad que le sea propia por el citado accidente, debido a las secuelas que le han quedado al niño, según se demuestra en el procedimiento penal aperturado por tal causa (del que no concreta dato alguno).

TERCERO.- Obra también en el expediente una solicitud de reclamación de daños y perjuicios suscrita por D. F. C. F., padre del alumno, de fecha 4 de mayo de 2006, en la que por dicho accidente solicita la cantidad de 100.000 euros, acompañando a dicho escrito la siguiente documentación:

- Fotocopia del Libro de Familia.
- Informes médicos del Hospital público “Santa María del Rosell” de Cartagena, Área de Urgencias.
- Informes médicos de la clínica privada “U. m. a.” (UMA).

CUARTO.- Con fecha de 20 de junio de 2006, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha resolución al interesado el 27 del mismo mes.

QUINTO.- A instancia del órgano instructor se solicita, con fecha 30 de junio de 2006, informe al Director del Centro sobre todas aquellas circunstancias que concurrieron en los hechos.

Dicho informe, de fecha 6 de julio de 2006, manifiesta lo siguiente:

“(...) Según testimonio del profesor de educación física, allí presente, al terminar la clase de educación física los alumnos suben al vestuario para su aseo, algunos de los niños, a pesar de las advertencias del profesor, querían entrar en el vestuario de las niñas, éstas cerraron la puerta con la fatalidad de que a este niño le pillaron el dedo al cerrar la puerta.

Adjunto testimonio del profesor de educación física. J. M. M. L..

El testimonio de alguna chica y alumno no es posible adjuntarlo por encontrarse de vacaciones” (...).

El citado profesor de Educación Física, en informe de la misma fecha, señala lo siguiente:

“El 14 de octubre de 2005, a las 13 horas, al terminar la clase de E. Física, alumnos y profesor subimos, como todos los días, a la primera planta donde se encuentran los vestuarios. Hay dos vestuarios, el de niñas y el de niños, las puertas son contiguas y enfrente hay un banco desde donde yo controlo a los niños, y donde los que van terminando se esperan.

Ese día dos o tres niños, entre ellos A., salieron del vestuario de los chicos y se acercaron al de chicas, hicieron ademán de entrar, y yo me levanté para poner orden y de repente una de las chicas cerró la puerta pillando el dedo de A. C.. El niño comenzó a sangrar, por lo que se procedió a realizarle primeros auxilios (intentando taponar la herida) y a comunicar al equipo directivo y a la familia lo sucedido, que acudió al centro rápidamente. La familia se hizo cargo del niño, trasladándolo al Centro de salud más cercano, en compañía de dos profesores”.

SEXTO.- El 24 de julio de 2006, D. F. S. S. presenta poder notarial que le es conferido por D. F. C. F.

SÉPTIMO.- El 4 de octubre siguiente, el órgano instructor comunica al interesado la apertura del trámite de audiencia, requiriéndole además la aclaración de determinados aspectos sobre la asistencia sanitaria prestada a su hijo y sobre la cuantía de la indemnización.

Mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2006, el abogado del reclamante contesta a las cuestiones solicitadas por el órgano instructor, indicando que se acudió a la sanidad privada por la lentitud de la sanidad pública, aporta las facturas originales de la clínica “U.” y solicita que se le envíen por correo determinados documentos del expediente.

OCTAVO.- Con fecha 13 de octubre 2006 se solicita a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares que acuda al Centro para comprobar el estado de la puerta y si se ajustaba a las instrucciones vigentes en la materia.

Dicho informe fue emitido el 23 de octubre, señalando en el mismo que el estado de conservación de la puerta es bueno, y que sus características se corresponden con las Instrucciones de diseño de construcción del momento de su construcción y con las actuales. Asimismo, señala que *“no existe tipo alguno de normativa que exija la colocación de mecanismos especiales de cierre o amortiguadores de cierre a este tipo de puertas. Pues aunque estos mecanismos existan en el mercado, no es obligada su utilización en los Colegios públicos.*

Por todo lo expuesto concluimos que la puerta no es ni más ni menos peligrosa que otra puerta de las mismas características y composición existentes en el mismo centro y que son las habituales que se emplean en la construcción de los Colegios Públicos.

Se acompaña a ese informe fotografías de la puerta tomadas el día de la visita al Colegio”.

NOVENO.- Otorgado al reclamante un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, el 6 de noviembre de 2006 presenta alegaciones ratificándose en su escrito inicial, considerando que concurren todos los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

DÉCIMO.- El 13 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis, y con apoyo en la doctrina contenida en el Dictamen 157/2003 de este Consejo Jurídico, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama, pues las instalaciones no pueden considerarse deficientes y el profesor encargado de la vigilancia de los alumnos cumplió su deber diligentemente.

UNDÉCIMO.- El 21 de noviembre de 2006 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Consejero de Educación y Cultura solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, puede afirmarse que se han observado los trámites esenciales que a estos efectos se establecen en el citado RRP.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: inexistencia de relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama.

I. Según el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*.

Como señala la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en nuestro Dictamen 157/2003, de 6 de octubre, indicamos que también es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo en supuestos de atrapamiento de dedos por puertas en los colegios públicos, que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como una muy corta edad de los niños, o circunstancias que exijan una diligencia en el cuidado y vigilancia de los niños superior a la ordinaria. Así, entre otros, los Dictámenes del Consejo de Estado nºs 1977/2000, 3291/2000 y 848/2002.

II. En el presente caso, no cabe apreciar en la actuación del profesor presente en el momento del accidente ninguna omisión en su deber de vigilancia, que lo cumplió diligentemente. Además, resulta acertado lo que señala la propuesta de resolución dictaminada en el sentido de que *“la edad del niño (a punto de cumplir 11 años) no genera un riesgo que exija una exhaustiva vigilancia por parte del profesor. Dicha edad es suficiente y adecuada para que el mismo sea consciente de que su acción, mirar dentro del vestuario de las niñas, no era correcta y de que podía generar un riesgo, ya que el mirar a las niñas con los dedos apoyados en el quicio de la puerta, cuando éstas se estaban aseando en el vestuario tras la clase de Educación Física, tenía la clara consecuencia de que las mismas pudieran reaccionar cerrando la puerta rápidamente, y por lo tanto, producirle el daño que efectivamente sufrió el alumno”*.

Por otra parte, según el informe técnico reseñado en el Antecedente Octavo, la puerta se ajustaba a las normas y al estándar habitual de este tipo de instalaciones, siendo de destacar que, en el citado Dictamen 157/2003, resaltábamos que *“las instrucciones de diseño aprobadas con fecha 18 de noviembre de 1991 a que hace mención el informe del Arquitecto, únicamente exigen la protección de las puertas en las Escuelas Infantiles, no en los Colegios de Educación Primaria”*.

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita, éste se habría producido con ocasión de la prestación del servicio público educativo, pero no como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

III. La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, no agota, a juicio del Consejo Jurídico, el total de cuestiones que ofrece el expediente tramitado, ya que del ordenamiento podrían derivarse otros aspectos relevantes, dignos de consideración, cuestiones éstas muy frecuentemente reiteradas en Dictámenes anteriores como consecuencia de consultas procedentes de la misma Consejería sobre asuntos sustancialmente semejantes al presente, a cuyas Consideraciones nos remitimos.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la existencia de nexo causal adecuado entre la actuación del servicio público educativo y el daño sufrido por el menor.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 102/07.- Revisión de oficio de la Orden del Consejero de Educación y Cultura de 4 de Octubre de 2002, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D.^a J. R. B., contra la Orden de 25 de Julio de 2002, por la que se aprueba la lista definitiva de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 16/07/07

Extracto de Doctrina

1. *La posibilidad de rechazar de plano la solicitud, sin una mínima instrucción y con la consecuencia inmediata de impedir la tramitación del correspondiente procedimiento de declaración de nulidad, exige una interpretación estricta de los requisitos legales, de forma que sólo cuando sea de todo punto evidente la absoluta inconsistencia de la impugnación podrá decidirse la inadmisión a trámite. Y ello no sólo porque así lo exija la mayor garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que podrían verse defraudados por una interpretación administrativa excesivamente laxa de los referidos condicionantes de la inadmisión, en contra del principio pro actione, sino también porque la especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad aconsejan instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación, o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, interpretación que para el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera) “se aviene bien con la propia caracterización dogmática de los vicios de nulidad de pleno derecho, que reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración”.*

2. *Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en la necesidad de que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección del contenido del artículo 23.2 CE con el del artículo 103.3 CE, de manera que, como se ha venido afirmando desde la STC 50/1986, “aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles”. A partir de aquí se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (SSTC 67/1989, 27/1991, 365/1993, 60/1994, 185/1994 o 93/1995, entre otras muchas).*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de 20 de marzo de 2001, de la entonces Consejería de Educación y Cultura se regula la composición de las listas de interinos de todos los cuerpos docentes no universitarios (excepto el de Maestros). Su apartado decimocuarto establece que los aspirantes a formar parte de las nuevas listas deben aportar, junto con su solicitud, además de la documentación justificativa para la valoración de los méritos previstos en el baremo, el título alegado y el Certificado de Aptitud Pedagógica.

D. J. R. B. aportó entonces, en tiempo y forma, la aludida documentación y, en consecuencia, fue incluida en la lista de interinos de Profesores de Enseñanza Secundaria, especialidad Lengua Española y Literatura, con una puntuación de 2,714.

SEGUNDO.- Por Orden de la Consejería de Educación y Cultura, de 18 de febrero de 2002, se convoca un procedimiento selectivo para el acceso e ingreso a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria. Dicha Orden regulaba, asimismo, la composición de las listas de interinos para el curso 2002-2003, en las especialidades objeto de la misma, disponiendo al respecto:

“22.1 Los aspirantes deberán poseer los requisitos generales y específicos que figuran en la Base 2 de la presente Orden.

(...)

23.6 Junto con la solicitud, los aspirantes aportarán:

a) Fotocopia compulsada del título alegado y, en su caso, documentación acreditativa de la equivalencia a efectos de docencia.

b) Fotocopia compulsada del Título Profesional de especialización Didáctica o del Certificado de Aptitud Pedagógica, en su caso.

c) Documentación, original o fotocopia compulsada, justificativa para la valoración de los méritos a que hace referencia el baremo que figura como anexo XVI a la presente Orden.

23.7 Solamente se tomarán en consideración aquellos méritos debidamente justificados que se aporten durante el plazo de presentación de solicitudes.

23.8 Al objeto de reducir y simplificar los trámites administrativos que deben realizar los aspirantes, aquellos que figuren incluidos en las listas de interinos en virtud de las convocatorias realizadas por Órdenes de 20 de marzo de 2001, 20 de septiembre de 2001 y 12 de noviembre de 2001, podrán optar por mantener, en el presente concurso, las mismas puntuaciones otorgadas en el anterior. A tal efecto, los interesados podrán consultar, en la página web de la Consejería, las puntuaciones obtenidas en las convocatorias citadas.

Estos participantes, deberán consignar en el recuadro correspondiente de la instancia la opción: «Puntuación total convocatoria anterior».

La puntuación de partida será la obtenida en la resolución definitiva del respectivo proceso, a la que se añadirá la que resulte de la valoración de los nuevos méritos perfeccionados con posterioridad a la fecha de finalización del correspondiente plazo de presentación de solicitudes. La justificación de los nuevos méritos perfeccionados, se realizará de la siguiente forma:(...)

Aquellos concursantes que no estén de acuerdo con la puntuación, otorgada entonces y con la que figuraron en la respectiva resolución definitiva, deberán optar por una nueva baremación, aportando todos los documentos que estimen oportunos para la valoración de sus méritos, consignando en el recuadro correspondiente de la instancia, la opción «Nueva baremación»...

A quienes, acogiéndose a esta opción, no aporten documentación correspondiente a los distintos apartados del baremo, se les asignará cero puntos en cada uno de los mismos.(...)

Los aspirantes que no efectúen opción alguna, se entenderá por defecto que se acogen a la opción de «Puntuación total convocatoria anterior»”.

TERCERO.- La interesada había aportado en la convocatoria anterior (Orden de 20 de marzo de 2001) la misma documentación que ahora se exigía, limitándose a presentar, dentro de plazo, la correspondiente solicitud tanto para participar en las pruebas selectivas, como para mantenerse en la lista de interinos con la puntuación anterior, sin acompañar el título alegado ni el Certificado de Aptitud Pedagógica.

CUARTO.- La hoy recurrente fue excluida de la lista resultante de aspirantes a desempeñar puestos docentes, en régimen de interinidad, en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria aprobada por Orden de la Consejería de Educación y Cultura de 25 de julio de 2002, siendo el motivo de exclusión no haber aportado fotocopia compulsada del título alegado ni del título profesional de especialización didáctica, como disponía la Orden de convocatoria.

No consta que la interesada subsanara el defecto que motivó su exclusión en el plazo concedido para ello en la Resolución de la Dirección General de Personal que, de conformidad con la base 4 de la convocatoria, debía declarar aprobada la lista de aspirantes admitidos y excluidos. Esta resolución no obra en el expediente.

QUINTO.- La interesada interpuso recurso de reposición contra la referida Orden de 25 de julio de 2002, alegando que había sido excluida de la lista de interinos por no aportar una documentación que ya había aportado con anterioridad, vulnerando así el derecho establecido por el artículo 35, letra f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Asimismo, afirma que cumple el requisito exigido por la base 22.3 de la Orden de 18 de febrero de 2002, para ser admitida en la lista, es decir, haber superado al menos el primer ejercicio de la fase de oposición de la especialidad solicitada en alguno de los dos últimos procesos selectivos convocados.

SEXTO.- El recurso es desestimado por Orden de 4 de octubre de 2002, con fundamento en que la interesada no había aportado los documentos exigidos por la base 23.6 de la convocatoria, ni había subsanado dicho defecto en el plazo establecido para ello.

Contra la desestimación del recurso de reposición, que agotaba la vía administrativa, la interesada no interpuso recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO.- El 20 de febrero de 2003, D. J. R. B. dirigió una queja al Defensor del Pueblo, que dio lugar a la Resolución de fecha 28 de julio de 2003, por la que se formulaba la siguiente Sugerencia: “*Que por esa Consejería de Educación y Cultura y mediante el proceso que se considere oportuno, se valore la posibilidad de revocar la decisión de*

excluir a la interesada de la lista de aspirantes a desempeñar puestos docentes, en régimen de interinidad, en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, en los procedimientos convocados por Orden de 18 de febrero de 2002”.

Asimismo, recomendaba que las bases de convocatoria de los procesos selectivos de la Comunidad autónoma recogieran de forma inequívoca el derecho establecido por el artículo 35, letra f).

OCTAVO.- Con fecha 5 de mayo de 2006, D. M. M. P., en representación de Doña J. R. B., presentó escrito de solicitud de revisión de oficio de la Orden de 4 de octubre de 2002 del Consejero de Educación y Cultura por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por Doña J. R. B. contra la Orden de 25 de julio de 2002 del mismo Consejero, por la que se aprobó la lista definitiva de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.

La fundamentación jurídica de su solicitud se basa en afirmar que la actitud de la Administración regional ha vulnerado los siguientes derechos y principios: a) su derecho al acceso a la función pública consagrado por el artículo 23.2 de la Constitución; b) su derecho al procedimiento debido, es decir, que los actos administrativos que le afecten sean dictados ajustándose al procedimiento establecido y que su contenido sea adecuado a los fines de aquéllos (artículo 53.2 LPAC); c) los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, al contravenir la orden de convocatoria lo establecido en el artículo 35, letra f) LPAC.

Solicita la declaración de nulidad de la Orden desestimatoria del recurso de reposición, que se reintegre a la interesada en el lugar que ocupaba en la lista de interinos anterior a la convocatoria de 18 de febrero de 2002 y que se le indemnice con las retribuciones (79.935,33 euros), dejadas de percibir durante los tres cursos académicos en que no ha podido trabajar por su indebida exclusión de la lista, reconociéndole tales períodos como trabajados a todos los efectos (antigüedad, derechos pasivos, promoción profesional, cotización de seguridad social, etc.).

NOVENO.- Con fecha 27 de noviembre de 2006, la Dirección General de Personal emite informe en el que propone la desestimación de la solicitud de revisión de oficio.

El Servicio Jurídico de la Consejería de Educación y Cultura, por su parte, propone su inadmisión por falta de fundamentación jurídica razonable, en la medida en que las infracciones del ordenamiento en que basa sus alegaciones no son reconducibles a causa de nulidad alguna.

DÉCIMO.- El 5 de febrero de 2007, el Consejero de Educación y Cultura propone al Consejo de Gobierno la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio.

UNDÉCIMO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta lo emite el 22 de febrero de 2007, concluyendo que no procede inadmitir la solicitud de revisión de oficio, sino su desestimación por no concurrir causa de nulidad alguna, debiendo solicitar la Consejería proponente el Dictamen del Consejo Jurídico.

Del mismo modo, indica que debería examinarse la procedencia de revocar el acto administrativo impugnado.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 28 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El artículo 12.6 (que no 5, como erróneamente se consigna en la solicitud de Dictamen) de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen para la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes, y el artículo 102.1 LPAC exige, como trámite necesario para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, el Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista de la documentación remitida a este Consejo Jurídico, puede afirmarse que, en lo que atañe al procedimiento, se ha seguido lo dispuesto al efecto en la LPAC. No se ha otorgado trámite de audiencia a la interesada por no tenerse en cuenta en la propuesta de resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por aquélla, lo que es conforme con el artículo 87.2 de dicha Ley si se considera, como ya indicamos en nuestro Dictamen 51/2005, que dentro de tales conceptos (regulados en los artículos 79, 80 y 81 LPAC) no se incluyen los informes (regulados en los artículos 82 y 83), siempre, claro está, que éstos no aduzcan nuevos hechos y se limiten, como es nuestro caso, a realizar consideraciones jurídicas a partir de aquéllos, sobre cuya existencia no existe controversia.

TERCERA.- Sobre la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión.

La primera cuestión a dilucidar, atendidos los términos de la propuesta formulada por el Consejero de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno, versa sobre la procedencia de inadmitir a trámite la solicitud de revisión de oficio.

Como indicamos en nuestro Dictamen 42/2004, tras la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, el artículo 102.3 LPAC incorpora la posibilidad de inadmitir a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del correspondiente órgano consultivo, aquellas solicitudes de revisión que no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 de la misma Ley o que carezcan manifiestamente de fundamento, así como cuando se hayan desestimado en cuanto al fondo otras sustancialmente iguales. Esta posibilidad ya había sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia en interpretación de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, acudiendo a la estructuración del procedimiento revisor en dos fases, de forma que en la primera quedarían comprendidas la apertura del expediente y su instrucción con audiencia a los interesados, finalizando la fase con una resolución de la Administración que, en atención al procedimiento seguido, podía concluir en la concurrencia *prima facie* de algún vicio de nulidad absoluta. Sólo si la conclusión era afirmativa se abría la segunda fase, que incluiría la solicitud de Dictamen del órgano consultivo competente y la resolución del procedimiento decidiendo la anulación o no del acto (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de febrero de 1984 y 12 de diciembre de 2001). Así se interpretaba que lo que la Ley reconocía al interesado era un derecho a que la Administración se pronunciara expresamente tras la primera fase, no a que se tramitara íntegramente todo el procedimiento en sus dos fases. Conclusión de lo anterior era que si la Adminis-

tración inadmitía o rechazaba de plano una solicitud de revisión sin tramitar al menos la primera fase, tal denegación se entendía contraria a Derecho (sentencias de las salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la Rioja, de 17 de abril de 1998, y Madrid, de 29 de septiembre de 2000).

La redacción actual del artículo 102.3 LPAC, sin embargo, habilita para acordar motivadamente la inadmisión de la solicitud de declaración de nulidad, sin más trámites, aunque sólo cuando se dé alguno de los tres supuestos que enumera, a saber:

- a) Que no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 LPAC.
- b) Que carezcan manifiestamente de fundamento.
- c) Que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

La posibilidad de rechazar de plano la solicitud, sin una mínima instrucción y con la consecuencia inmediata de impedir la tramitación del correspondiente procedimiento de declaración de nulidad, exige una interpretación estricta de los requisitos legales, de forma que sólo cuando sea de todo punto evidente la absoluta inconsistencia de la impugnación podrá decidirse la inadmisión a trámite. Y ello no sólo porque así lo exija la mayor garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que podrían verse defraudados por una interpretación administrativa excesivamente laxa de los referidos condicionantes de la inadmisión, en contra del principio *pro actione*, sino también porque la especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad aconsejan instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación, o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, interpretación que para el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera) “*se aviene bien con la propia caracterización dogmática de los vicios de nulidad de pleno derecho, que reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración*”.

Atendida la doctrina expresada y aplicándola al supuesto sometido a consulta debe concluirse en la improcedencia de declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión, al no darse en la misma los requisitos legalmente establecidos. Así, descartado el último de los enumerados por el artículo 102.3 en atención a los propios términos de la consulta, pues manifiesta que no se han desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, tampoco cabe apreciar los otros dos condicionantes. En primer lugar, porque resulta evidente que la petición del actor se basa en una causa de nulidad, perfectamente identificada en su escrito como la establecida en la letra e) del artículo 62.1 LPAC, es decir, haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la adopción del acuerdo revocatorio de las primeras bases y convocatoria. Debe advertirse que, en este primigenio trámite de admisión, no será preciso determinar si realmente se da la causa de nulidad o no, pues para ello sería preciso instruir todo el procedimiento, bastando con la mera fundamentación de la solicitud en alguna causa de nulidad y que ésta no carezca manifiestamente de fundamento.

La utilización del adverbio “manifiestamente” ha sido objeto de interpretación jurisprudencial constante en el sentido de “ostensibilidad”, como posibilidad de apreciación a primera vista, siendo incompatible con la necesidad de efectuar cualquier interpretación jurídica o con la exigencia de un esfuerzo dialéctico (sentencias del Tribunal Supremo,

Sala Tercera, de 5 de junio y 14 de noviembre de 2000, en interpretación de la expresión “manifiestamente incompetente” del artículo 62,1, letra b, LPAC). En el presente supuesto, esa manifiesta carencia de fundamento no se da, como de manera más precisa se advertirá en la Consideración siguiente. Baste señalar ahora que la motivación jurídica en que se basa la solicitud de revisión no es absurda ni disparatada, ofreciendo la suficiente solidez como para justificar, al menos, la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo revisorio.

CUARTA.- Inexistencia de causa de nulidad.

De acuerdo con el escrito de solicitud de revisión de oficio, la Administración regional habría vulnerado los siguientes derechos y principios: a) el derecho de la interesada al acceso a la función pública consagrado por el artículo 23.2 de la Constitución; b) su derecho al procedimiento debido, es decir, que los actos administrativos que le afecten sean dictados ajustándose al procedimiento establecido y que su contenido sea adecuado a los fines de aquéllos (artículo 53.2 LPAC); y c) los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, al contravenir la orden de convocatoria lo establecido en el artículo 35, letra f) LPAC.

Para la interesada, estas infracciones del ordenamiento constituyen causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 LPAC.

Si bien la interesada no precisa qué causa de nulidad es la que esgrime, cabe entender que se refiere a la establecida en el apartado 1, a) del referido artículo 62, que sanciona con la nulidad a los actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

De los derechos invocados en su solicitud de revisión de oficio, únicamente el consagrado por el artículo 23.2 CE tendría cabida entre aquellos que los artículos 53.2 y 161.1, b) de la Carta Magna tutelan, declarándolo susceptible del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La invocación del referido derecho por parte de la interesada no se acompaña, como debería, de la necesaria argumentación que permita advertir en qué medida los hechos descritos en su solicitud vulneran el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, porque tal es el contenido del derecho, y no, como parece apuntar la actora, un genérico derecho de acceso a la función pública que pudiera verse defraudado por cualquier infracción de las normas que ordenan o regulan el ingreso en aquélla. Si bien esta ausencia de precisión en el razonamiento jurídico podría bastar para desestimar la acción de nulidad ejercida por la interesada, útil será recordar el contenido del derecho fundamental en cuestión según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional:

a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, con los requisitos que señalen las leyes. La preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya indisolublemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad (STC 67/1996).

b) En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción

de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, 47/1990 ó 353/1993), o de referencias individualizadas (STC 67/1989).

Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en la necesidad de que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección del contenido del artículo 23.2 CE con el del artículo 103.3 CE, de manera que, como se ha venido afirmando desde la STC 50/1986, “aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles”. A partir de aquí se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (SSTC 67/1989, 27/1991, 365/1993, 60/1994, 185/1994 o 93/1995, entre otras muchas).

c) El derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo a las propias leyes sino también a su aplicación e interpretación (STC 10/1998, de 13 de enero).

No obstante, “*si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública (...) el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige, como asimismo se afirma, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase (STC 73/1998, FJ 3º, que reitera la doctrina contenida en la número 115/1996)*”.

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido a consulta, conduce a concluir que no se aprecia vulneración alguna del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE). En especial porque, como se ha dicho, este derecho fundamental no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo -tanto en la predeterminación de las bases reguladoras, como de la interpretación y aplicación que de ellas se hace-, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad de las condiciones de acceso a la función pública. Para poder apreciar su quiebra habría requerido, en éste como en cualquier otro caso, el que, previa la aportación del correspondiente término de comparación, se hubiera alegado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso. No es suficiente, por tanto, para alcanzar la conclusión de que el derecho fundamental ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que, ciertamente, ha resultado desfavorable para una determinada aspirante. Por el contrario, para que la desigualdad pudiera ser apreciada, sería necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido.

En consecuencia, descartada la existencia de lesión o violación del derecho fundamental consagrado por el artículo 23.2 CE, y dado que el resto de infracciones del ordenamiento jurídico alegadas por la interesada no son reconducibles a una vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, no cabe entender presente en el supuesto sometido a consulta causa de nulidad alguna, razón por la cual no procede la revisión de oficio solicitada, debiendo el Consejo de Gobierno dictar resolución desestimatoria de la misma.

QUINTA.- Del artículo 35, letra f) LPAC y de sus consecuencias sobre el acto administrativo impugnado.

1. Planteamiento de la cuestión.

Sin perjuicio de las conclusiones alcanzadas en la Consideración precedente acerca de la improcedencia de estimar la solicitud de revisión de oficio formulada por la interesada, el estudio del supuesto no quedaría completo de no abordar la cuestión de la posible revocación del acto impugnado, en tanto que la exclusión de la interesada se habría producido con vulneración de su derecho a no presentar documentos que ya se encontraban en poder de la Administración actuante, reconocido por el artículo 35, letra f) LPAC.

Resulta incontrovertido que los documentos cuya presentación exige la base 23.6 de la convocatoria ya habían sido aportados por la interesada en el proceso selectivo anterior, convocado por la misma Consejería de Educación. Tampoco parece existir controversia acerca de la calificación de este Departamento como “Administración actuante”, a los efectos del artículo 35, letra f).

La propuesta que eleva el Consejero consultante al Consejo de Gobierno se limita a instar la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, sin pronunciarse acerca de la posibilidad de revocación del acto impugnado, quizás porque la interesada omite en el *petitum* de su solicitud que se proceda a la indicada revocación. Por ello, la argumentación de la Administración respecto de la cuestión ahora debatida hay que buscarla en el informe de la Dirección General de Personal, de 27 de noviembre de 2006, que opone el carácter vinculante de la convocatoria y sus bases, tanto para los aspirantes como para la Administración, y que han sido aplicadas por igual a todos ellos, de forma que la revocación de la exclusión

de la interesada de la lista implicaría una excepción en la exigencia de los requisitos a todos los participantes, vulnerando el principio de igualdad en el acceso a la Función Pública.

A ello se une que la interesada no impugnó en su día las bases de la convocatoria, por lo que al participar en el proceso selectivo las dejó consentidas y firmes, como también dejó que adquiriera firmeza el propio acto administrativo de exclusión de la lista, pues ni subsanó el defecto que motivó su exclusión en el plazo de diez días concedido al efecto, ni, posteriormente, impugnó en vía contenciosa la Orden que desestimaba su recurso de reposición contra la Orden de 25 de julio de 2002 que aprobaba la lista de espera de interinos, que ella aspiraba a integrar.

2. El artículo 35, letra f) LPAC.

La configuración legal del derecho reconocido por el artículo 35, letra f), dota al ciudadano de la facultad de no presentar en los procedimientos administrativos en los que intervenga, aquella documentación que no venga exigida por las normas aplicables al correspondiente procedimiento o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. Debe recordarse, asimismo, que si bien la redacción original de la Disposición Final única LPAC podía llevar a entender que la efectividad del derecho quedaba sujeta a su ulterior concreción y desarrollo reglamentario, de forma que en tanto que éste no se llevara a cabo no podría esgrimirse con éxito el referido derecho, tal interpretación fue desterrada con ocasión de la modificación operada en la referida disposición por Ley 4/1999, de 13 de enero, cuya Exposición de Motivos justifica en el propósito de afianzar más intensamente la seguridad jurídica, a la vez que exonera a los ciudadanos de cargas de orden burocrático, otorgando eficacia directa al derecho reconocido en el artículo 35, letra f) LPAC.

En el presente procedimiento de solicitud de revisión de oficio, únicamente se ha hecho cuestión de la aplicación en el proceso selectivo que finalizó con la exclusión de la actora de la lista de espera, del último inciso del precepto, es decir, del derecho a no presentar documentación que ya se encuentre en poder de la Administración actuante (en este caso, y de forma pacífica, la Administración educativa regional). Atendida la finalidad que inspira el precepto, claramente expresada en la parte expositiva de la Ley 4/1999, y evitando interpretaciones restrictivas que carecen de base legal y que contravendrían el espíritu de la norma, ha de entenderse que los documentos podrán estar en poder de la Administración, tanto por haber sido presentados en el mismo procedimiento como si lo fueron en otro anterior.

Como todo derecho, el ahora estudiado tiene un doble contenido por cuanto no sólo habilita al ciudadano para negarse a presentar documentos que ya obren en poder de la Administración educativa, sino que también impone a dicha Administración la correlativa prohibición de solicitarlos imperativamente (STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm 511/1996, de 24 de septiembre), conllevando la anulabilidad de los actos administrativos que lo desconozcan (SSTSJ de Madrid, números 1140/2001, de 18 de octubre, y 1059/2002, de 17 de octubre).

3. La necesaria interpretación sistemática de las base de convocatoria con el resto del ordenamiento jurídico.

Los documentos exigidos por la base 23.6 de la Orden de convocatoria se encontraban ya en poder de la Administración educativa como consecuencia de la aportación que de los mismos había realizado la interesada con ocasión de su participación en las pruebas selectivas del año anterior. Tales documentos (Título Académico y Título Profesional de Es-

pecialización Didáctica o Certificado de Aptitud Pedagógica) fueron considerados válidos y suficientes por la Administración, pues en su día determinaron la admisión de la interesada a las pruebas y su inclusión en la lista de espera. Además, no poseen una eficacia meramente temporal que determinara su posible pérdida de vigencia al momento de participar la interesada en el nuevo proceso selectivo, lo que habría justificado el requerimiento de la nueva aportación.

En consecuencia, en el supuesto sometido a consulta, el artículo 35, letra f) LPAC, otorgaba a la interesada la facultad de no presentar tales documentos pues ya los había aportado con anterioridad.

Ahora bien, la normativa aplicable al supuesto no queda limitada al precepto legal de constante referencia, pues ha de considerarse la peculiar naturaleza del procedimiento en el que se desenvuelve el supuesto: unas pruebas selectivas, cuya fuente reguladora de primer grado la constituyen las bases recogidas en la orden de convocatoria, las cuales, conforme a un criterio jurisprudencial uniforme, constituyen *“la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento”* (por todas, sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 13 de octubre de 1999). Este criterio, de hecho, se recoge expresamente en la Base 1.4 de la convocatoria, al disponer como norma de cierre de la normativa a que habrá de sujetarse el procedimiento, que serán aplicables las demás disposiciones de carácter general, *“así como las bases contenidas en la presente convocatoria, a las que quedan sometidos tanto los participantes como la Administración, constituyendo, por tanto, la ley de los procedimientos selectivos que se convocan”*.

Sentado lo anterior, es claro que las bases de convocatoria exigen la aportación, junto a la solicitud de participación en las pruebas selectivas, de la documentación allí indicada. Ésta persigue probar que el aspirante posee dos requisitos exigidos en la base 2 de la convocatoria, por lo que su no aportación, en tanto que determina la falta de acreditación de dos requisitos de participación en las pruebas, es causa de exclusión de las mismas.

Ahora bien, durante toda la tramitación del procedimiento la cuestión que ahora se analiza se ha planteado como una abierta contradicción entre la base 23.6 de la convocatoria y el artículo 35, letra f) LPAC, antinomia que a juicio del Consejo Jurídico no existe. Antes bien, la Administración educativa ha efectuado una interpretación de la referida base contraria al precepto legal y a la efectividad del derecho que éste reconoce.

En efecto, la Orden de 18 de febrero de 2002, donde se contiene la base 23.6, no se limita a regular la composición y ordenación de las listas de interinidades, para el curso 2002/2003, sino que también convoca un procedimiento selectivo para acceso e ingreso a diversos Cuerpos docentes. A las indicadas listas de interinos (bases 20 y siguientes de la convocatoria) pueden presentarse no sólo quienes hayan participado en ese procedimiento de ingreso en los Cuerpos docentes, sino también aquellos aspirantes que lo hubieran hecho en procedimientos anteriores y que figuren incluidos en las correspondientes listas de interinos derivadas de las convocatorias de 20 de marzo, 20 de septiembre o 12 de noviembre de 2001.

Es evidente que los participantes en el procedimiento de acceso e ingreso convocado por la Orden de 18 de febrero de 2002, que pretenden incorporarse por primera vez a las listas de interinos, han de justificar documentalmente estar en posesión de los requisitos de participación exigidos, pues no lo habrán hecho con anterioridad.

Por el contrario, los aspirantes procedentes de las anteriores listas de interinidades, como era el caso de la interesada, para poder ser incluidos en ellas, ya tuvieron que justificar en su momento la posesión de los requisitos, por lo que no debería reiterarse el requerimiento de acreditación.

En consecuencia, la base 23.6 de la convocatoria, en la medida en que se limita a exigir la aportación de una determinada documentación, no es intrínsecamente contradictoria con el artículo 35, letra f) LPAC. Sí lo es la interpretación que de la misma ha hecho la Administración educativa, al extender la carga o exigencia de justificación documental a quienes con anterioridad ya habían aportado la referida documentación. Es de recordar en este punto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tiene dicho que *“sea cual sea la naturaleza de dichas bases y de la convocatoria..., lo cierto es que, necesariamente, han de ser interpretadas y completadas, en su caso, con las disposiciones legales y reglamentarias a que hayan de someterse por razón del principio de jerarquía normativa y del de legalidad (artículo 9.3 de la Constitución), como consecuencia de que la Administración ha de atenerse a las normas jurídicas vigentes sin posibilidad alguna de alterarlas a su arbitrio”* (STS, de 12 de enero de 1998).

Del mismo modo, la STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de septiembre de 1999, dirá que *“por más que las bases...exijan unas determinadas fórmulas rituarías y solemnes para la acreditación de los méritos respectivos, debe señalarse que tales bases, aun siendo la norma fundamental que disciplina el concurso-oposición, no existen aisladas del resto del ordenamiento jurídico, y no deben ser interpretadas de modo que conduzcan a situaciones rigurosamente contrarias al Derecho. Desde esta perspectiva, debe recordarse que el artículo 35, letra f) de la LPAC consagra el derecho de los administrados a no presentar documentos...que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, cual es el caso de la experiencia docente previa de la actora, que no pueden ser desconocidos -ni invocado su desconocimiento- por la propia Administración”*.

Corolario de lo expuesto es que la interpretación que efectuó la Administración educativa de la base 23.6 de la convocatoria y que fue determinante de la exclusión de la interesada de la lista de espera, es contraria al ordenamiento jurídico.

4. La revocación del acto administrativo impugnado.

La constatación de la existencia de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, como es la Orden de 25 de julio de 2002, que aprueba la lista de interinos de la que resulta excluida la interesada, y la de 4 de octubre del mismo año, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra aquella, y las exigencias del sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al derecho (artículo 103.1 CE), obligan a la Administración a buscar vías adecuadas para dejar sin efecto los referidos actos, para lo cual habrá de seguir los procedimientos legalmente establecidos. Todo ello sin olvidar que, para la interesada, existía en su momento una carga de actuar frente a la resolución administrativa que resultaba contraria a su derecho o intereses, utilizando las vías de impugnación que el ordenamiento ponía a su disposición, lo que no hizo, dejando que adquirieran firmeza tanto la Orden de 25 de julio 2002, como la Orden cuya revisión ahora pretende.

Descartada la vía de la revisión de oficio, por las razones expuestas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, cabe rechazar también la posibilidad de la declaración de lesividad de actos anulables del artículo 103 LPAC, tanto por la imposible calificación de la exclusión

de la interesada como acto favorable para ella, como por haber transcurrido en exceso el plazo de cuatro años contados desde que se dictaron los actos administrativos.

Por el Defensor del Pueblo y la Dirección de los Servicios Jurídicos se sugiere la posibilidad de revocar la referida exclusión.

El artículo 105.1 LPAC dispone que las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

A diferencia del carácter imperativo de que la Ley dota al mecanismo de la revisión de oficio, de forma que la Administración viene compelida a eliminar los actos administrativos que incurran en causa de nulidad de pleno derecho, constituyendo una verdadera obligación legal, la revocación se configura como meramente facultativa (el artículo 105.1 LPAC utiliza el verbo “podrán”, frente al modo imperativo del verbo “declararán” que usa el artículo 102.1 de la misma Ley), dejando a la decisión de la Administración si procede o no tal revocación, para lo que habrá de tomar en consideración, no sólo la presencia de causas de invalidez del acto administrativo, sino también criterios de oportunidad y, por supuesto, los límites fijados por el artículo 106 LPAC.

La ausencia de plazo legal para efectuar la revocación, así como el fácil encaje de los actos administrativos impugnados en el concepto de acto desfavorable, no pueden hacer olvidar las condiciones impositivas que la propia Ley establece a la Administración para proceder a la revocación de sus actos administrativos, mereciendo especial consideración, por haber sido expresamente alegado por la Dirección General de Personal en contra de tal posibilidad, que la revocación no sea contraria al principio de igualdad. En efecto, el referido órgano directivo considera inaceptable la revocación de la exclusión de la interesada, porque ello implicaría una excepción a la exigencia de requisitos a todos los participantes en las convocatorias de oposiciones o de configuración de listas de interinos, vulnerando por tanto el principio de igualdad de acceso a la Función Pública.

La doctrina general del Tribunal Constitucional, fijada ya desde sus primeras sentencias (22/81 de 2 de julio) y que ha quedado sobradamente expuesta en la Consideración Cuarta de este Dictamen, así como la constante doctrina jurisprudencial ordinaria, sostiene que para que se aprecie vulneración del principio de igualdad deben concurrir tres requisitos: 1) aportación de un término idóneo de comparación demostrativa de la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido trato diferente, 2) que el trato desigual no esté fundado en razones objetivas que lo justifiquen, y 3) que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad sin que pueda servir para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico (SSTS 11-11-81, 29-6-98 y 22-7-98).

Así lo afirmaba ya la STC 1/90, de 15 de enero *“el principio de igualdad encuentra un límite en el principio de legalidad, desplegando plena eficacia en el ámbito de los derechos e intereses jurídicamente adecuados o conformes a derecho, pero, a la vez, cesando su virtualidad cuando esa igualdad condujera al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a derecho”*.

En el supuesto sometido a consulta no se dan los tres requisitos jurisprudencialmente exigidos para apreciar la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad. Antes

al contrario, de mantener la tesis de la Administración se estaría perpetuando una situación contraria a lo previsto en el ordenamiento jurídico, pues en definitiva se esgrime el principio de igualdad para negar a la interesada la efectividad de un derecho que tiene legalmente reconocido, lo que daría lugar, en definitiva, a proclamar la igualdad en la ilegalidad, contraviniendo una regla pacíficamente admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 43/1982, de 6 de julio) y ordinaria (entre las más recientes, STS, Sala 3ª, de 31 de julio de 2006).

También establece límites a las facultades revisorias de la Administración el artículo 106 LPAC, de los cuales importa destacar ahora el de que no se vean afectados derechos de los particulares, extremo que ha de ser tomado en consideración cuando de procedimientos de concurrencia competitiva se trata, en los que el acto favorable para un aspirante puede ser desfavorable para otros. En el supuesto sometido a consulta, sin embargo, el tiempo transcurrido desde que los actos cuya revisión se pretende fueron dictados y la consolidación de las situaciones de ellos derivadas para los demás aspirantes, impedirían que la revocación pudiera afectar a los derechos de estos últimos.

Ahora bien, el artículo 106 también excluye el ejercicio de las facultades de revisión cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. En la medida en que la Ley no distingue, tales límites operan respecto de todas las vías de revisión de oficio (en el sentido amplio del concepto, que es el utilizado para encabezar el Capítulo I, del Título VII, LPAC) y tanto cuando la Administración pretende de oficio la eliminación de sus actos administrativos, como cuando es el ciudadano quien la insta. Especial relevancia puede tener esta norma en el supuesto objeto de Dictamen, en el que la interesada dejó que los actos que resultaban desfavorables para ella adquirieran firmeza sin combatirlos, solicitando años después la revisión de oficio de los mismos.

La Audiencia Nacional, en sentencia de 6 de marzo de 2002, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, sostiene que el tantas veces citado artículo 106 LPAC prohíbe que se pueda obtener la revocación de un acto administrativo del que se ha tenido conocimiento y que ha adquirido firmeza por falta de su impugnación en plazo.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de octubre de 2000, con ocasión de la solicitud de revisión de oficio formulada por un particular, dirá que la acción de nulidad es improcedente cuando por el tiempo transcurrido su ejercicio resulte contrario a la equidad o al derecho de los particulares, efectuando dicho pronunciamiento en un supuesto en el que habían transcurrido (como ocurre en el asunto sometido a consulta) algo menos de cuatro años entre los actos cuya nulidad se instaba y la solicitud de revisión, al considerarlo disconforme con el principio de seguridad jurídica y las exigencias de la buena fe, y ello aunque no sea imputable al recurrente una mala fe en su actuación. Y es que considera que el artículo 112 de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo (hoy 106 LPAC) “*autoriza la consideración del tiempo transcurrido para el ejercicio de la acción de nulidad, con independencia de los conceptos de prescripción y caducidad, como causa que puede motivar que este ejercicio resulte contrario a la equidad o al derecho de los particulares*”.

La misma Sala, en sentencia de 16 de diciembre de 1993, analiza la solicitud de revisión de oficio planteada por un aspirante a formar parte de la Policía Autónoma vasca, que resulta excluido del procedimiento selectivo. Para el Alto Tribunal adquiere especial relevancia el hecho de que el interesado no combatiera en su momento dicho acto, afirmando que “*es apreciable una actitud negligente en el demandante, que, si no obsta a la admisibilidad de*

su recurso, adquiere una indudable significación en el marco de valores enfrentados a que se refiere el artículo 112 LPA. Desde esta perspectiva no resulta conforme a la equidad, que quien pudo defender su derecho en un momento en que hubiera sido posible tenerlo en cuenta (...) y no lo hizo, pretenda tardíamente que se le restablezca su condición de alumno de la Academia de la Ertzaina (...) Ha de concluirse por tanto que, por el transcurso del tiempo desde que se produjo la exclusión del actor, hasta el momento en que éste la impugnó por la vía del artículo 109 LPA (el equivalente al actual 102 LPAC), resulta contrario a la equidad, el exigir de la Administración la declaración de nulidad de aquélla; por lo que la negativa a declararla, sea cual sea la índole del vicio que pudiera afectar a dicha exclusión, resulta conforme a derecho”.

Tales consideraciones jurisprudenciales acerca del alcance del artículo 106 LPAC, realizadas en referencia a la revisión de oficio en la que se alegan causas de nulidad de pleno derecho, que obligarían a la Administración a dejar sin efecto el acto impugnado de acreditarse su concurrencia, operan con mayor intensidad si cabe en un supuesto de revocación como el planteado en el presente Dictamen, atendidas las características de esta vía de revisión de actos.

En función de lo expuesto, cabe concluir que, si bien concurren en el supuesto los requisitos exigidos por el artículo 105.1 LPAC para proceder a la revocación tanto de la Orden de 25 de julio de 2002 como de la que resuelve el recurso de reposición contra ella interpuesto por la interesada, los límites que el artículo 106 de la misma Ley impone a las facultades revisorias de la Administración, desaconsejan la revocación, en la medida en que la firmeza de los referidos actos, derivada de la pasividad y desinterés de la interesada que los consintió, al no ejercer frente a ellos las acciones que el ordenamiento le ofrecía, y el tiempo transcurrido desde que aquéllos se dictaron, determinarían que la eliminación de aquellos actos en la actualidad resultara contraria a las exigencias de la equidad y la buena fe, entendida ésta última como “*deber de coherencia en el comportamiento*” (STC 198/1988, de 24 de octubre).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno formulada por el Consejero de Educación y cultura, en la medida en que propone la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, y ello por las razones expuestas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Procede desestimar la solicitud de revisión de oficio, al no concurrir en el supuesto sometido a consulta causa alguna de nulidad, conforme se expresa en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- No procede la revocación de los actos cuya revisión de oficio se solicita, de acuerdo con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 103/07.- Proyecto de Decreto sobre elaboración, tramitación y aprobación de proyectos y ejecución de obras en materia de ordenación del territorio y del litoral.

Consultante: Consejero de Industria y Medio Ambiente (2005)

Fecha: 16/07/07

Extracto de Doctrina

En el litoral –entendido como espacio físico que se extiende a la ribera del mar y a sus zonas de protección (STC 149/1991)–, inciden las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, las urbanísticas de los Ayuntamientos, en cuyos términos municipales están enclavados, y las de la Administración del Estado, como titular del dominio público marítimo terrestre, y en virtud de determinados títulos competenciales (artículo 149.1, apartados 1 y 23 CE), aparte de otros sectoriales específicos. Esta concurrencia de competencias es posible porque la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras sobre dicho espacio, aunque con distinto objeto jurídico. Del mismo modo que el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción del territorio de su entorno, ni considerarla como una zona exenta de las competencias de las Comunidades Autónomas (artículo 114 de la Ley de Costas), el título de ordenación del territorio tampoco pueda ser ignorado reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, ni tampoco, desde este último título, puede impedirse que el Estado ejercite sus propias competencias, debiendo respetarse los condicionamientos que se deriven de las facultades estatales de protección y gestión del dominio público marítimo terrestre (Dictamen 46/2004 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES.

PRIMERO.- El 13 de diciembre de 2005, el Director General de Ordenación del Territorio y Costas remite al titular de la Secretaría General un borrador de Decreto sobre elaboración, tramitación y aprobación de proyectos, y ejecución de obras, en materia de ordenación del territorio y del litoral de la Región de Murcia. Dicho texto se acompaña de una denominada memoria económica y justificativa, suscrita por el Subdirector General de Ordenación del Territorio y Costas, que pone de manifiesto la necesidad de abordar en los próximos ejercicios determinadas actuaciones en el litoral de la Región de Murcia, señalando que la aprobación de esta norma no implica obligación económica alguna, y que cada proyecto de obras será el que especifique la cuantía de las que deban ejecutarse. También constan informes de la Asesora Jurídica del centro directivo referenciado, y del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, de 13 de octubre de 2005, que pone de manifiesto las siguientes observaciones:

A) En los aspectos formales incide en la carencia de un informe técnico que se pronuncie sobre los contenidos que revisten tal carácter, y en la falta de audiencia a la Consejería competente en materia de urbanismo.

B) En las observaciones generales sugiere un título más escueto acorde con la Ley del Suelo regional (Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, en adelante TRLSRM) y, entre las particulares al articulado, las siguientes:

- El artículo 2 (definiciones) es innecesario, por tratarse de conceptos extraídos de la práctica y contenidos de otras normas, como la Ley 22/1988, de 28 de julio (Ley de Costas en lo sucesivo).
- Respecto al ámbito de aplicación (artículo 3), debería excluirse a la zona de influencia del dominio público marítimo terrestre, pues el TRLSRM parece referirse a proyectos que se realicen en la servidumbre de protección.
- Sugiere una redacción alternativa al artículo 4 (elaboración de los proyectos) de manera que se establezca, como opción, la presentación de un proyecto de ejecución en lugar del básico.
- Respecto al artículo 5 (contenido de los proyectos) plantea la posibilidad de recoger una regulación simplificada para las obras de reparación simple y mejora, o de conservación y mantenimiento.
- Por último entiende que debería aclararse (artículo 7) si la aprobación de los proyectos de obras de utilidad pública lleva o no implícita la autorización del uso correspondiente.

SEGUNDO.- Entre la documentación remitida al titular de la Secretaría General para su tramitación, obra la certificación del acuerdo de la Comisión de Coordinación de Política Territorial de 28 de junio de 2005, que informó favorablemente el Proyecto con una serie de precisiones puntuales, tras lo cual, y a petición expresa de la representante de la Demarcación de Costas que asistió a la citada Comisión, se recabó el informe de la Dirección General de Costas del Estado, que no ha sido cumplimentado, según se informa en el expediente.

Asimismo consta el acuerdo del Consejo Social de Política Territorial, que informó el borrador en su sesión de 25 de octubre de 2005, acordando otorgar un trámite de audiencia de dos semanas a sus miembros, entre los que figuran los representantes de los colegios profesionales, para que pudieran presentar alegaciones; el Decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia presentó un escrito el 8 de noviembre de 2005, en el que pone de manifiesto que los contenidos de los artículos 2, 4 y 5 están ya previstos en la normativa estatal, y que la regulación propuesta supone una clara contradicción con el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, parcialmente vigente, recomendando que se emplee la misma técnica que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE).

TERCERO.- El 25 de enero de 2006, el Asesor Jurídico de Apoyo del centro directivo correspondiente valora las alegaciones presentadas por el Decano del Colegio de Arquitectos y recomienda introducir ciertas modificaciones a los artículos 2 y 6 para su acomodación al RD 2512/1977, ya citado, como son las definiciones de anteproyecto, proyecto básico y de ejecución, y sus contenidos. Por último acepta el cambio de título del Proyecto, conforme a la sugerencia del Servicio Jurídico de la Consejería, sin entrar a valorar sus restantes observaciones; el citado Servicio informa nuevamente el Proyecto el 27 de enero siguiente, resaltando que no se ha solicitado el informe del departamento competente en materia de urbanismo, tras lo cual, el Vicesecretario emite informe jurídico favorable, así como el de igual fecha por razón de género en igual fecha.

CUARTO.- Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma el 6 de marzo de 2006 (registro de salida), ésta remite oficio a la Consejería solicitante en el que se le pone de manifiesto la importancia de incorporar al expediente los informes de las Consejerías de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, y de Turismo, Comercio y Consumo (hoy Turismo y Consumo), en atención a los contenidos del Proyecto que afectan al planeamiento urbanístico, y a la implementación de las infraestructuras turísticas, de las que son titulares ambas Consejerías, respectivamente.

QUINTO.- Mediante sendos oficios de 21 de marzo de 2006, se recabó el parecer de las precitadas Consejerías, obrando los informes emitidos por el Servicio Jurídico de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, y por el Jefe de Servicio de Planificación de Infraestructuras Turísticas, que propone completar el texto con la previsión de solicitar un informe a los departamentos implicados en los proyectos de obras no previstos por el planeamiento urbanístico. No consta en el expediente que haya evacuado informe la Consejería competente en materia de urbanismo.

SEXTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, sin conocer la formalización de los trámites anteriores, pese a que mediante fax reiteró su petición el 20 de abril teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, procedió a la emisión de informe favorable el 26 de mayo de 2006, a la luz de la documentación que obraba en el expediente, realizando, entre otras, las siguientes consideraciones:

- En los aspectos formales destaca la ausencia de audiencia a la Consejería competente en materia de urbanismo, y la falta de reflejo en las certificaciones de los acuerdos de los órganos consultivos de las observaciones realizadas por sus vocales.
- Respecto al artículo 1 manifiesta que debería redactarse de forma que no plantee ninguna duda en relación con su objeto, sugiriendo una redacción alternativa, que implique la autorización de la ocupación o utilización de los terrenos (artículo 257 TRLSRM). Además propone que el artículo 3 contenga la referencia a las obras públicas a las que se extiende.
- Por otra parte sostiene, en coherencia con las competencias atribuidas a la Administración regional, que representa un exceso acotar el ámbito territorial de aplicación de la norma a los terrenos definidos como zona de influencia de la ZMT (artículo 3 del Proyecto).
- Sobre el trámite de información pública que, con carácter preceptivo, se establece en el artículo 6, apartado 1, entiende que debería completarse la redacción, recogiendo que se formalizará mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, con indicación del lugar donde se exhibirá la documentación íntegra del expediente para su consulta. Al igual que propone que el apartado 1.d) del mismo artículo debería describir qué considera “modificaciones sustanciales” del proyecto, sobre la base de unos criterios contrastables que eliminen, en la medida de lo posible, situaciones de excesiva discrecionalidad. También el apartado 1.e), al final, debería referirse a la aprobación definitiva del proyecto. Por último, de considerarse oportuna la participación en el procedimiento del Consejo de Coordinación de Política Territorial, en su condición de órgano de coordinación interadministrativa, debería incluirse un nuevo apartado que lo recoja.

- Finalmente señala que la declaración de utilidad pública (artículo 7) debería ajustarse a lo dispuesto en el artículo 259 TRLSRM, eliminando la referencia a proyectos de nueva planta, y que la resolución de aprobación debe llevar implícita la autorización sobre la ocupación, o utilización, de los terrenos afectados por las obras.

SÉPTIMO.- Las anteriores observaciones fueron valoradas por el Director General de Ordenación del Territorio y Costas, en su informe de 26 de junio de 2006, en el que propone las que son aceptadas, tras lo cual, se remite copia del texto del Proyecto de Decreto al titular de la Secretaría General para que prosiga la tramitación hasta su aprobación por el Consejo de Gobierno.

OCTAVO.- Con fecha 1 de diciembre de 2006 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta trata de un Proyecto de Decreto sobre proyectos y ejecución de obras en materia de ordenación del litoral, en desarrollo del Capítulo III del Título VII del TRLSRM, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

Conviene hacer la advertencia de que el texto definitivo del Proyecto, sometido a nuestro Dictamen, no se ha diligenciado, habiéndose considerado como tal el relacionado en el índice de documentos (folio 71 y ss.), coincidente con el que se ha inscrito en el primer folio, a mano, “última versión”.

SEGUNDA.- Competencias autonómicas en ordenación del litoral, y habilitación legal.

El artículo 10, Uno, 2 de nuestro Estatuto de Autonomía (en la redacción dada por la LO 1/1998, de 15 de junio) recoge las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y del litoral, y de urbanismo. Aun cuando se recoja estatutariamente la referencia al litoral, dicha mención viene a ser una especificación del título competencial de ordenación del territorio, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas. En desarrollo de dichas competencias estatutarias, se aprobó la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia que configura como instrumentos de ordenación del territorio a los Planes de Ordenación del Litoral, cuya naturaleza y límites fue objeto de consideración en nuestro Dictamen núm. 2/2005, relativo al Plan de Ordenación de la Fachada Marítima de Los Urrutias (Cartagena); pero fue la Ley 2/2004, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 1/2001, como refiere la Exposición de Motivos del Proyecto, la que incorporó a la Ley del Suelo regional diversas competencias ejecutivas autonómicas respecto al litoral, aglutinadas bajo un nuevo título (el VII), denominado «Ordenación del litoral», que contiene el régimen de autorizaciones, infracciones y sanciones (Capítulo II), así como la ejecución de proyectos de obras (Capítulo III).

Precisamente el Proyecto de Decreto ahora sometido a consulta versa sobre este último Capítulo, relativo a los proyectos y ejecución de obras en materia de ordenación del litoral, invocado específicamente por los artículos 257 y 258 TRLSRM para que complemente los contenidos de los proyectos básicos y de ejecución, así como el procedimiento de aprobación de los mismos. No obstante conviene recordar cuál fue la justificación para su inclusión en la Ley regional del suelo, según la Exposición de Motivos de la ley modificativa 2/2004: *“En cuanto a la realización de proyectos, se echaba en falta la posibilidad de incluir un procedimiento para la redacción y aprobación de proyectos de obra por parte de la Consejería competente en materia de ordenación del litoral, procedimiento que a su vez conlleva la posibilidad de ejecutar las expropiaciones oportunas mediante disposición sectorial con rango de ley, al igual que ocurre con la Administración estatal, lo cual posibilitará la ejecución de todos aquellos proyectos impulsados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*.

Los artículos 257 y 258 TRLSRM vienen a reiterar previsiones similares de la Ley de Costas (Título III, Capítulo II, artículos 42 a 46), acerca de proyectos de obras estatales que se ejecuten en el dominio público marítimo (desarrollado por los artículos 85 y siguientes del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, en adelante Reglamento de la Ley de Costas) si bien, como no podía ser de otro modo, las previsiones legales circunscriben su ámbito de aplicación a las zonas donde se ejercen las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y del litoral (artículo 254 TRLSRM), es decir, a las zonas contiguas a la ribera del mar (servidumbre de protección y zona de influencia), a cuyo ámbito se ajusta el Proyecto de Decreto (artículo 3).

En virtud de lo expuesto la habilitación legal está justificada, junto con la cláusula general de atribución al Consejo de Gobierno para el desarrollo del TRLSRM (Disposición final única).

No obstante la regulación propuesta no está exenta de dificultades; en primer lugar, como acertadamente reconoce el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, y ha reiterado el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes (por todos el núm. 2/2005), en el litoral –entendido como espacio físico que se extiende a la ribera del mar y a sus zonas de protección (STC 149/1991)–, inciden las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, las urbanísticas de los Ayuntamientos, en cuyos términos municipales están enclavados, y las de la Administración del Estado, como titular del dominio público marítimo terrestre, y en virtud de determinados títulos competenciales (artículo 149.1, apartados 1 y 23 CE), aparte de otros sectoriales específicos. Esta concurrencia de competencias es posible porque la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras sobre dicho espacio, aunque con distinto objeto jurídico. Del mismo modo que el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción del territorio de su entorno, ni considerarla como una zona exenta de las competencias de las Comunidades Autónomas (artículo 114 de la Ley de Costas), el título de ordenación del territorio tampoco pueda ser ignorado reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, ni tampoco, desde este último título, puede impedirse que el Estado ejercite sus propias competencias, debiendo respetarse los condicionamientos que se deriven de las facultades estatales de protección y gestión del dominio público marítimo terrestre (Dictamen núm. 46/2004 del Consejo Jurídico).

Sin duda la concurrencia de competencias descritas sobre un mismo espacio físico plantea dificultades en casos concretos y, para su resolución, como ha reiterado el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes, hay que buscar soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque la decisión final corresponda al titular de la competencia prevalente (STC 77/1984).

En segundo lugar, ciertas imprecisiones, contradicciones y puntual falta de adecuación a normas estatales, como la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), detectadas en el Proyecto de Decreto, son plenamente atribuibles a la regulación legal proveniente de la Ley 2/2004, que modificó la Ley del Suelo regional, y que no fue dictaminada por el Consejo Jurídico; así se ha detectado en el TRLSRM la falta de concreción de las obras que se declaran de utilidad pública (artículo 257); se ha regulado un procedimiento específico en el caso de obras no previstas en el planeamiento, sin tener en cuenta su interrelación con el establecido en la misma ley para obras promovidas por la Comunidad Autónoma (artículos 258, en relación con el 223, ambos del TRLSRM); se ha declarado la urgente ocupación para todas las actuaciones (artículo 259), en contra de la excepcionalidad prevista por la LEF para los procedimientos generales expropiatorios. En consecuencia, el Dictamen habrá de considerar cómo se incardinan tales aspectos con el resto del ordenamiento jurídico.

Por último, al tratarse de una disposición de carácter general que emana de Consejo de Gobierno, reviste la forma de decreto como establece el artículo 25.2 de la ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia, en relación con el artículo 22.12 de la ley regional 6/2004, ya citada.

TERCERA.- Procedimiento y documentación.

I. En lo que tiene que ver con la tramitación del proyecto de Decreto se ha de indicar que se ajusta a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, que regula el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, habiéndose subsanado a lo largo de su tramitación determinadas deficiencias detectadas por los órganos preinformantes, en lo que concierne a la participación; así se ha otorgado audiencia a la Consejería competente en materia de urbanismo, que no consta que haya comparecido, y a la de turismo, al ostentar ambas funciones transversales que pudieran verse afectadas. Tampoco conviene olvidar las competencias autonómicas en materia de medio ambiente, pues la acción normativa de la Ley de Costas sobre los terrenos colindantes al dominio público marítimo terrestre se legitima también, de acuerdo con la STC 149/1991 (Fundamento Jurídico 1, C), en el ejercicio de las competencias básicas estatales sobre medio ambiente, pudiendo ser complementadas por las CCAA *“pues es, sin duda, la protección de la naturaleza la finalidad inmediata que persiguen las normas mediante las que se establecen limitaciones en el uso de los terrenos colindantes a fin de preservar las características propias (incluso, claro está, los valores paisajísticos) de la zona marítimo terrestre”*.

También cabe resaltar que se ha otorgado audiencia a la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, en cuanto le corresponde las facultades inherentes a la titularidad del dominio público marítimo terrestre, sin que conste en el expediente remitido al Consejo Jurídico que haya sido cumplimentado (folio 93).

II. Por el contrario, el Consejo Jurídico ha detectado importantes carencias en la documentación que integra el expediente, y que han de ser subsanadas con carácter previo a la aprobación del Proyecto por el órgano competente:

1) En las disposiciones reglamentarias de índole técnica, o con contenidos de tal naturaleza (por ejemplo el artículo 5 del Proyecto versa sobre el contenido de los proyectos básicos y de ejecución), el Consejo Jurídico viene insistiendo (por todos nuestro Dictamen núm. 24/2007) en la necesidad de incorporar al expediente la justificación técnica en detalle, como exige expresadamente el artículo 53.1 de la Ley 6/2004: *“la iniciación del procedimiento se llevará a cabo, a través de la oportuna propuesta dirigida al Consejero por el órgano directivo de su departamento competente por razón de la materia, mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, al que se acompañarán la exposición de motivos y una memoria que justifique su oportunidad, y que incluya la motivación técnica y jurídica con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas; de los estudios o informes que se estimen precisos para justificar su necesidad (...)”*. En el presente caso no se ha incorporado informe técnico alguno justificativo de los contenidos del Proyecto, no pudiendo considerarse cumplida tal exigencia, pese al informe del Subdirector General de Ordenación del Territorio y Costas, denominado Memoria Económica y Justificativa, que en realidad se circunscribe a los aspectos formales y procedimentales, y que dedica a la justificación del Proyecto el siguiente párrafo:

“La necesidad y conveniencia de abordar en próximos ejercicios determinadas actuaciones en el litoral de la Región de Murcia ponen de manifiesto la oportunidad de elaborar, tramitar y aprobar la disposición reglamentaria que, desarrollando los artículos contenidos en el citado título séptimo, regule de manera detallada las cuestiones relativas al procedimiento a seguir para la elaboración y tramitación de los proyectos de obras, así como el contenido de los mismos”.

2) Tampoco satisface las exigencias previstas en el artículo 53.1, segundo párrafo, de la Ley 6/2004, sobre la necesidad de acompañar un estudio económico de la norma, la escueta aseveración en el precitado informe de que el Proyecto no implica obligación económica alguna, argumentando para ello que se limita a una regulación detallada de la herramienta que permitirá ejecutar las futuras actuaciones, siendo los proyectos concretos los que especificarán la cuantía. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 25/2007), el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103 CE).

Como señalamos en nuestro Dictamen 26/2007, que pasamos a transcribir, *“El Consejo Jurídico, como ha manifestado en reiteradas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 113/2003), es consciente de la dificultad que tiene la elaboración de la memoria económica en proyectos normativos como el presente, que contempla medidas que no van a generar un gasto de forma inmediata, sino que éste se manifestará de forma diferida en el tiempo -en tanto que precisa de actos concretos de aplicación que serán los que, en puridad, conlleven la aplicación de recursos económicos-, pero son precisamente tales características las que hacen mucho más aconsejable la emisión del citado estudio económico, dado que su finalidad es ilustrar sobre algunas de las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (artículo 103.1CE), además de ser pauta*

de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE establece”.

3) Se han valorado en el expediente las observaciones realizadas por los órganos pre-informantes, salvo las efectuadas inicialmente por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en su informe de 13 de octubre de 2005 (Antecedente Primero), a excepción de la que afecta al título de la disposición. _

CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.

I. Sobre el objeto y ámbito de aplicación del Proyecto de Decreto.

El artículo 1 del Proyecto de Decreto establece que su objeto, en desarrollo de las previsiones del TRLSRM, es la regulación del procedimiento de elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de obras de utilidad pública, cuya realización corresponda a los órganos competentes de la Administración Pública Regional en materia de ordenación del territorio y del litoral de la Región de Murcia, se deriven o no del desarrollo de un instrumento de ordenación del territorio.

Presupuesto para ello es determinar a qué actuaciones, consideradas de utilidad pública, se refiere el Proyecto de Decreto, que se limita en este punto a reproducir el precepto legal del que trae causa (artículo 257 TRLSRM), que tampoco las concreta, pues la definición de proyectos de obras de utilidad pública no es, en sí misma, aclaratoria del tipo de actuaciones (sí de su finalidad), ni tan siquiera de la competencia autonómica, sino que constituye un requisito previo para proceder a la expropiación forzosa, conforme al artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF).

Para extraer una conclusión sobre el tipo de actuaciones a las que extiende su aplicación el Proyecto de Decreto, ha de acudirse a otros preceptos del mismo, al TRLSRM y a la Ley de Costas.

El artículo 3 del mismo Proyecto establece que el ámbito territorial afectado por este Decreto viene constituido por las zonas de servidumbre de protección e influencia del dominio público marítimo terrestre, incluida la ocupación debidamente autorizada del mismo, y de su servidumbre de tránsito.

1. La anterior referencia nos sitúa, en primer lugar, ante las servidumbres del dominio público marítimo terrestre, en tanto ámbito espacial donde se ejercen competencias de la Administración regional y de los Ayuntamientos, aunque con distinta intensidad. Así la Ley de Costas establece que la servidumbre de protección recae sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23), salvo en determinados tramos (20 metros en suelo urbano conforme a su Disposición Transitoria Tercera,3), en la que se prohíben una serie de usos, entre ellos los edificatorios con excepciones (artículo 25), y en los que la autorización de usos, previa a la licencia municipal, corresponde a la Administración regional, según establece el artículo 255.1 TRLSRM, y 48.1 del Reglamento de la Ley de Costas, si bien la legislación urbanística regional recoge la posibilidad de su delegación a los Ayuntamientos, condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos. Partiendo de las anteriores limitaciones legales, resulta que en dicha franja, donde operan con gran intensidad las competencias de ordenación y ejecutivas autonómicas en materia de ordenación del litoral, sólo podrán realizarse por la Administración regional como proyectos de utilidad pública aquellas obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación, o presten servicios necesarios o

convenientes para el uso del dominio público marítimo terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas (artículo 46.1 del Reglamento de la Ley de Costas). Expresamente la legislación de costas cita como actuaciones posibles: accesos al mar, aparcamientos, paseos marítimos, etc. En consecuencia deberían recogerse, al menos, las descritas como actuaciones de utilidad pública permitidas por la legislación de costas en la servidumbre de protección.

2. Mayor indefinición suscita el Proyecto de Decreto, en relación con los proyectos de obras de la Administración regional en la zona de influencia, como ha sugerido el órgano preinformante, que propone incluso que se excluya de su ámbito de aplicación. *A priori* no alcanza la misma conclusión el Consejo Jurídico, aunque sí considera que ha de ser matizada la intervención de la Administración regional desde el título competencial que se está ejercitando; para esta zona, de una anchura de 500 metros como mínimo, el artículo 30 de la Ley de Costas sólo establece dos determinaciones que tiene como destinatarios a los instrumentos de planificación territorial y urbanística: que se establezcan reservas de suelo para aparcamientos de vehículos, y que se evite la formación de pantallas arquitectónicas y la acumulación de volúmenes (artículo 30 de la Ley de Costas). La realización de proyectos de utilidad pública por la Administración regional en esta franja no suscitará mayores problemas cuando se trate de actuaciones previstas en los citados instrumentos de planificación, o los vinculados con el demanio previstos en la Ley de Costas (aparcamientos). Por el contrario sí los suscita en relación con proyectos no previstos en la planificación, que además de la nota de utilidad pública, deben basarse en alguna competencia autonómica sectorial, o tratarse de una actuación de interés regional (AIR).

3. La inclusión dentro del ámbito de aplicación del Decreto de la ocupación “debidamente autorizada” del dominio público marítimo terrestre y de su servidumbre de tránsito (artículo 3) contribuye a cierto grado de confusión, al no recoger expresamente que corresponde a la Administración del Estado otorgar los títulos correspondientes, conforme expresa el artículo 203.1.b) del Reglamento de la Ley de Costas. Por lo tanto bastaría con añadir debidamente autorizada “por el titular del demanio” (Administración del Estado).

4. La declaración genérica de la utilidad pública para los proyectos de obras contenida en el artículo 257 TRLSRM, como requisito previo a su expropiación, exige un reconocimiento específico en cada caso concreto por el órgano competente, salvo que se derive de planes, porque así lo establece el artículo 10 LEF. En tales casos la competencia corresponde al Consejo de Gobierno (no al Consejero como se recoge en el artículo 6.1.e del Proyecto de Decreto), según refiere el artículo 22.32 de la Ley 6/2004: “*Ejercitar las potestades expropiatorias que la normativa estatal atribuya al Consejo de Ministros*”. Por tanto debe recogerse en tal sentido, cuando se trate de obras no previstas en planes.

II. Sobre la coordinación de competencias en el espacio litoral.

La ordenación del litoral, que afecta a la ribera del mar y a sus zonas de protección e influencia, exige una acción coordinada de las Administraciones Públicas con competencias concurrentes, superando la fragmentación competencial en zonas o franjas donde aquéllas las ejercitan con mayor o menor intensidad, pues los indudables valores ambientales que posee la franja costera, así como la gran sensibilidad de la misma frente a las acciones antrópicas que se ejercen sobre ella, o en su entorno, han determinado la necesidad de llevar a cabo programas para su gestión integral en el marco de un modelo de desarrollo sostenible. Esta necesidad se ha recogido en diversas recomendaciones y compromisos

internacionales, en relación con la gestión de la franja litoral. En consecuencia, sólo una óptima coordinación de las actuaciones de las distintas Administraciones con competencias sobre el litoral y, más concretamente, de la autonómica y estatal por las competencias en juego, permitirá llevar a cabo la gestión integral de la costa, necesaria para conseguir los objetivos de protección y defensa de la misma.

La Ley de Costas dedica el Capítulo IV del Título VI a las relaciones interadministrativas, señalando el artículo 116: *“las Administraciones Públicas cuyas competencias inciden sobre el ámbito espacial contemplado en la presente Ley ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a aquélla”*.

Sin embargo el Proyecto de Decreto, que versa sobre proyectos de obras a realizar en el litoral, no es tan explícito a la hora de materializar los mecanismos de colaboración entre las Administraciones Públicas implicadas, comenzado por las imprecisiones de determinados párrafos (ocupación del dominio debidamente autorizada, Administraciones Públicas que se determinen) cuando el reglamento tiene como finalidad precisamente la de complementar y desarrollar las previsiones del TRLSRM; por ello el Consejo Jurídico considera que, en lugar de hacer referencia a las Administraciones Públicas que se determinen en el procedimiento (artículo 6,c), citados ya los Ayuntamientos, debería mencionarse a la Administración del Estado, de modo similar a lo que establece el Reglamento de la Ley de Costas para aprobar proyectos de obras en el dominio público marítimo estatal. Por otra parte también debe recogerse en el texto (artículo 6.2) la intervención de la Administración del Estado, cuando se trate de proyectos de obras no incluidos en el planeamiento urbanístico, ni en los instrumentos de ordenación del territorio, con mayor razón si esta participación se ha previsto en el texto para los proyectos de obras de menor entidad (artículo 6.3).

Asimismo, como plasmación de esta coordinación, y dado que determinadas actuaciones (creación, regeneración y recuperación de playas, accesos públicos al mar no previstos en el planeamiento, iluminación de costas, etc.) han sido declaradas de interés general y competencia estatal (artículo 111 de la Ley de Costas), debería dejarse expresa constancia de tales competencias estatales.

Por último el Proyecto de Decreto plantea una importante oportunidad para plasmar criterios de gestión integrada del litoral, que deben ser compartidos por las distintas Administraciones Públicas con competencias en la costa, a través de los correspondientes instrumentos legales; también conviene suscitar a la Consejería proponente que debería abordar la ejecución de estas obras, fundamentalmente, a través de la planificación, para evitar precisamente que la ordenación del territorio se vea sustituida por un cúmulo de proyectos parciales e inconexos, lo que trata de evitar el Proyecto, según refiere su EM.

III. Sobre la regulación de los proyectos básicos y de construcción.

Uno de los objetivos del Proyecto de Decreto (artículos 2 y 5) es el desarrollo del contenido de los proyectos de obras que se ejecuten en el litoral, habilitado para ello por el artículo 257 TRLRSM.

En este aspecto se encuentra condicionado por las competencias estatales, que se han plasmado en diversas normas sectoriales como la LOE, el Código Técnico de Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, la Ley de Costas, así como por la normativa de contratación de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas). De hecho el artículo 5 no deja de ser una especie de compilación de diversas normas estatales; por ejemplo, el apartado 1, sobre el contenido de los proyectos básicos, reproduce las determinaciones del Reglamento que desarrolla la Ley de Costas (artículo 88); el apartado 2, sobre el contenido del proyecto de ejecución, reproduce los contenidos de los proyectos de obras recogidos en el artículo 124 TRLCAP, salvo puntuales exigencias, en razón de la peculiaridad del ámbito territorial afectado. En realidad, salvo estas últimas, donde la Administración regional se encuentra habilitada para completar las previsiones legales (artículo 3 LOE), el Proyecto podría remitirse a las normas estatales citadas, pues la información que suministra el artículo 5 del texto podría haber sido objeto, por ejemplo, de meras instrucciones (artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), o incluso formando parte de un pliego de prescripciones técnicas generales, en tanto el Proyecto de Decreto hace referencia a obras públicas realizadas por la Administración regional.

En todo caso el Consejo Jurídico reitera y califica de esencial la observación ya realizada acerca de que se complete el procedimiento con un informe técnico que avale y justifique los contenidos técnicos propuestos, en contraste con las exigencias básicas del Código Técnico de Edificación (Anejo I, sobre contenido del proyecto) y demás normativa de aplicación. Particularmente el Consejo Jurídico suscita que se examine la adecuación al citado Código Técnico (Anejo III) de la definición de proyecto de ejecución (artículo 2.b, últimas líneas), y la previsión contenida en el artículo 5.4, sobre la posibilidad de fusionar las documentaciones de cada proyecto en uno sola, reproducida del Real Decreto 2512/1977, sobre tarifas de honorarios de Arquitectos, derogado por la Ley 7/1997, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales, salvo en sus aspectos no económicos.

IV. Sobre la tramitación y órgano competente.

1. Se puede afirmar que el artículo 6 del Proyecto recoge tres procedimientos distintos, en función de si se trata de proyectos de obras previstas en instrumentos de planeamiento urbanístico vigente (debería también referirse a los instrumentos de ordenación del territorio en el apartado 1), no previstas en los citados instrumentos, o que consistan en la reparación simple y mejora, o conservación y mantenimiento.

El artículo 258 de la norma habilitadora (TRLSRM) exige, en todo caso, para la tramitación de los proyectos la apertura de un trámite de información pública por un plazo de un mes, y la solicitud de informe, por idéntico plazo, a las Consejerías y demás Administraciones Públicas que se determinen, acerca de lo cual ya se ha realizado una observación en materia de coordinación interadministrativa. Sin embargo, el artículo 6.2 del Proyecto, al desarrollar los proyectos y obras no previstas en el planeamiento (en realidad puede referirse en síntesis a proyectos de obras), no especifica el cumplimiento de los anteriores requisitos procedimentales, sí recogidos en el apartado 1 del mismo artículo para las previstas en el planeamiento, refiriéndose únicamente a la audiencia a la Corporación Local afectada.

En consecuencia debe recogerse el cumplimiento de los requisitos de publicidad y participación establecidos legalmente para los proyectos de obras no previstas en la planificación.

2. En otro orden de ideas, el Consejo Jurídico realiza asimismo una observación sobre el órgano competente para aprobar los proyectos de obras de reparación simple y mejora,

o de conservación y mantenimiento (artículo 6.3 del Proyecto), al entender que debería corresponder al titular de la Consejería, a propuesta del Director General competente por razón de la materia, al constituir actuaciones previas que condicionan el ejercicio de la competencia de contratación (artículo 16.2,m de la Ley 7/2004).

QUINTA.- Otras observaciones particulares.

– Preámbulo.

No debería titularse la parte expositiva, conforme a lo señalado por las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. En el caso de titularse, la Ley 6/2004 hace referencia a que el Anteproyecto irá acompañado de una exposición de motivos (artículo 53.1). Del mismo modo debería incorporarse a la parte expositiva los aspectos más relevantes de la tramitación: consultas efectuadas y principales informes evacuados. También antes de la fórmula promulgatoria, que ha de insertarse en el texto, debería añadirse la que proceda, “oído o de acuerdo”, en relación con nuestro Dictamen.

Asimismo la cita al precepto estatutario debe realizarse correctamente (artículo 10.Uno, 2), suprimirse el punto y coma antes de “considerando”, y alinearse el último párrafo de la parte expositiva.

– Artículo 2. Definiciones.

En el apartado c) la cita a la Ley de Costas debe realizarse completa.

– Artículo 4. Elaboración de los Proyectos.

La redacción del primer párrafo, que reproduce el precepto legal correspondiente (artículo 257), es igualmente confusa acerca del alcance de la competencia autonómica: “*Para que el órgano competente en materia de ordenación del territorio y litoral resuelva sobre la ocupación o utilización de terrenos para la realización de obras de utilidad pública, se formulará el correspondiente proyecto básico (...).*”

El origen de dicha confusión estriba en que se ha reproducido un párrafo similar del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Costas, referido a la ocupación o utilización del demanio, y que requiere del correspondiente título por parte de su titular. Por el contrario, el párrafo introductorio del artículo 4 debe relacionarse con la competencia ejecutiva que se desarrolla en el presente caso, que no es otra que la aprobación de proyectos promovidos por la Administración regional en los terrenos afectados por la servidumbre de protección y zona de influencia, que sean de titularidad privada, y que la Administración regional requiere para su ocupación y utilización previa expropiación forzosa. Por tanto, puede sustituirse por una redacción de este tenor: “1. Para que el órgano competente resuelva su aprobación (...), sin perjuicio de que una vez aprobados impliquen la ocupación de los terrenos a efectos expropiatorios, como se recoge en el artículo 7 del Proyecto de Decreto. En cuanto a su utilización, sí debería hacerse expresa referencia a que la aprobación del proyecto implica también la autorización del uso en la servidumbre de protección, que viene encomendada al titular del centro directivo proponente, según el artículo 255 TRLSRM, y que, por otra parte, es el órgano al que le corresponde la aprobación inicial del Proyecto.

– Artículo 5. Contenido de los proyectos.

Además de las observaciones de índole general realizadas con anterioridad, se indica en el apartado a) que en el caso de ocupar los terrenos de dominio público deberá justificarse

el pleno acomodo de las obras a la Ley de Costas, y a las normas generales y específicas que se dicten para su desarrollo y aplicación.

La STC 149/1991, ya citada, declaró inconstitucional el artículo 34 de la Ley de Costas, por cuanto reconocía las competencias de la Administración del Estado para dictar normas generales y específicas para tramos de costas, al considerar que proceden a ordenar el territorio, y reputó también nula su cita en el artículo 44 de la citada ley. Por ello, debe sustituirse la anterior referencia a las normas generales y específicas, por “normas que se dicten para su desarrollo y aplicación”, que incluyen tanto al reglamento de desarrollo vigente, como a las normas que pudieran dictarse para la protección de determinados tramos de costa (artículo 22.1 Ley de Costas).

Con este reenvío a legislación de costas se deja a salvo el cumplimiento por parte de los proyectos de determinadas exigencias de la normativa sectorial estatal, como por ejemplo la necesidad en determinados casos de un estudio básico de la dinámica del litoral (artículo 91 del Reglamento de la Ley de Costas).

En el apartado 2.c se debería hacer referencia al pliego de prescripciones técnicas particulares, de acuerdo con lo señalado por el artículo 124,c) TRLCAP.

– Artículo 7. Consecuencias de la aprobación de proyectos.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 259.1 TRLSRM, el artículo 7.1 del Proyecto establece que la aprobación de los proyectos implica, con carácter general, no la necesidad de ocupación, que viene a ser la expresión de una norma procedimental general sobre expropiación, sino la urgente ocupación, que implica cierta merma en las garantías del expropiado. Dicha regulación difiere de lo previsto en la LEF sobre el carácter excepcional de dicha declaración (urgente ocupación) para los proyectos de utilidad pública, cuya competencia, en relación con una concreta obra o finalidad determinada, se atribuye al máximo órgano de gobierno (en el caso de la Región al Consejo de Gobierno, según el artículo 22.32 de la Ley 6/2004). En materia expropiatoria el Tribunal Constitucional (sentencias 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio) ha insistido en que el Estado ostenta una competencia general sobre la expropiación forzosa, que no se limita a lo básico (artículo 149.1,18° CE), y que comprende la determinación de las garantías expropiatorias, si bien esta competencia estatal no puede impedir a las Comunidades Autónomas la fijación de las causas o fines expropiatorios en las concretas materias de competencia autonómica, y la regulación procedimental específica, que, por no tener carácter mínimo o principal, ni ser expresión de una garantía expropiatoria general, queda fuera de la competencia estatal sobre legislación forzosa. Dicha doctrina se plasmó en la declaración de inconstitucionalidad de las consecuencias del procedimiento de tasación conjunta en materia de urbanismo, prevista en la Ley estatal 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, donde el Alto Tribunal señaló en la sentencia 164/2001, ya citada: “*la declaración implícita de urgente ocupación (por medio del procedimiento de la aprobación del procedimiento de tasación conjunta) constituye una regulación procedimental específica para las expropiaciones urbanísticas que, por no tener carácter mínimo o principal, ni ser expresión de una garantía expropiatoria general, queda fuera de la competencia estatal sobre legislación de expropiación forzosa*”.

Sin embargo, la generalidad de esta excepcionalidad (urgente ocupación) para todos los proyectos de obras realizados por la Administración regional que afecten a la ordenación del litoral –en el ámbito de actuación del Proyecto de Decreto–, no aparece sustentada en razón de unas peculiaridades procedimentales de la materia para justificar su falta de ade-

cuación a la normativa general de expropiación contenida en el artículo 17.2 LEF, cuando el propio TRLSRM (artículo 42) ha establecido, con carácter general, para las obras de interés regional, que se extiende a los proyectos de infraestructuras e instalaciones de interés comunitario y alcance supramunicipal, la consecuencia jurídica de la necesidad de ocupación en la expropiación (artículo 46.3 del mismo texto), sin perjuicio, claro está, de la posibilidad excepcional ya aludida de la LEF.

Pero tampoco aparece sustentada en la legislación de costas, cuyos preceptos son reproducidos en parte, pues, en relación con los proyectos de obras de competencia estatal, el artículo 98 del Reglamento de la Ley de Costas establece que la aprobación de los proyectos de la Administración del Estado llevará implícita la necesidad de ocupación.

Por ello el Consejo Jurídico entiende que debería modificarse el TRLSRM para su adecuación al procedimiento general de la LEF, estableciendo, en lugar de la urgente ocupación la necesidad de ocupación, sin perjuicio de que el Consejo de Gobierno pueda adoptarlo en supuestos excepcionales, en coherencia con otros preceptos del mismo TRLSRM.

En otro orden de ideas, si la aprobación del proyecto implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación debería recogerse expresamente en el texto que en los proyectos deberá figurar la relación concreta e individualizada de bienes y derechos afectados, en definitiva un anejo de expropiaciones.

Concretamente, en relación con la necesidad de ocupación, señala la STC 164/2001 citada: *“la competencia estatal sobre legislación de expropiación forzosa ampara la previsión y regulación, como norma procedimental general, de un acto público de concreción de los bienes o derechos considerados indispensables para el fin de la expropiación. Y no es dudoso que aquella competencia de regulación procedimental permita al Estado establecer, con carácter general, que allí donde un proyecto de obras contenga una descripción material detallada de bienes, tal proyecto administrativo valga como declaración de necesidad de ocupación a efectos expropiatorios (...)*.

– Disposición Transitoria Única.

No quedan despejadas las dudas que suscita la aplicación del Decreto a los procedimientos anteriores, pues los usos en la zona de influencia no están sujetos a autorización administrativa.

– Disposición Final Primera.

Se faculta al titular de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y del litoral para dictar cuantos actos y disposiciones sean necesarias para la aplicación y ejecución de este Decreto.

En cuanto a la habilitación al titular de la Consejería para dictar disposiciones, el Consejo Jurídico considera que ha de ser suprimida por las siguientes razones:

1ª. Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictamen núm. 85/2005) el rechazo que merecen las habilitaciones genéricas a los titulares de las Consejerías para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución del Decreto, debiendo reunir dicha atribución las características de expresa, concreta y específica.

2ª. Tras la entrada en vigor de la Ley 6/2004, ya citada, se ha alterado sustancialmente el marco normativo de la potestad reglamentaria, puesto que los artículos 38 y 52.1 del nue-

vo texto legal reconocen a los titulares de cada Departamento una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno del mismo, y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”. Así pues, la previsión expresa del rango normativo necesario para poder efectuar la atribución de potestad reglamentaria veda al Consejo de Gobierno la posibilidad, reconocida hasta ahora, de efectuar una habilitación reglamentaria a los titulares de los Departamentos, pues por prescripción de la Ley 6/2004, aquélla sólo podrá efectuarla una Ley o norma de rango legal, no un Decreto.

3ª. El TRLSRM faculta únicamente al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley (Disposición final única).

– Disposición Final Segunda.

Conforme a las Directrices de técnica normativa citadas, la entrada en vigor es “a los veinte días al de su publicación” (no de su publicación).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno ostenta competencias y se encuentra específicamente habilitado por el TRLSRM para aprobar el Proyecto de Decreto sobre proyectos y ejecución de obras en el litoral, si bien la cita al precepto estatutario que la sustenta debe hacerse correctamente en la parte expositiva.

SEGUNDA.- Algunas imprecisiones y falta de adecuación en aspectos puntuales a la LEF de la Ley 2/2004 se han transmitido al presente Proyecto de Decreto (Consideraciones Segunda, Cuarta, I, 4 y Quinta, sobre observaciones al artículo 4).

TERCERA.- El procedimiento seguido se ha ajustado al establecido en la Ley 6/2004, si bien no puede afirmarse lo mismo respecto a la documentación que integra el expediente, debiendo completarse con un informe técnico justificativo en detalle de los contenidos de tal naturaleza (Consideraciones Tercera, II, y Cuarta, III).

CUARTA.- La materialización en el Proyecto de Decreto de la necesidad de coordinación de las competencias en el espacio litoral en aras a una gestión integral del mismo, exige introducir las correcciones oportunas a las que se hace referencia en la Consideración Cuarta, II, particularmente la previsión de informe de la Administración del Estado respecto a proyectos de obras no previstas en el planeamiento urbanístico, y órgano competente para las obras de reparación simple y mejora, o de conservación y mantenimiento.

QUINTA.- Se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

– Para concretar su objeto, deben recogerse en el texto las actuaciones sobre las que versan los proyectos de utilidad pública en la ordenación del litoral, en relación con los usos permitidos en la Legislación de Costas (Consideración Cuarta, I).

– Cuando se trate de obras no derivadas de planes, la LEF exige un reconocimiento específico de su utilidad pública en cada caso concreto por el órgano competente, co-

rrespondiendo en tales casos la competencia para su aprobación al Consejo de Gobierno (Consideración Cuarta, I, 4).

– Debe recogerse expresamente el cumplimiento de los requisitos de publicidad y participación previstos legalmente en la tramitación de los proyectos de obras no incluidas en el planeamiento (Consideración Cuarta, IV).

– La adecuación a la LEF sobre las consecuencias de las expropiaciones (Consideración Quinta, artículo 7).

– La habilitación al titular de la Consejería para dictar disposiciones (Consideración Quinta, Disposición final primera).

SEXTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 104/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a P. M. G., en nombre y representación de su hija menor de edad A. A. M., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 23/07/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 105/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. M. D., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 23/07/07

Extracto de Doctrina

El criterio utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia de responsabilidad patrimonial es el de la “lex artis” (por todas, STS, Sala 3^a, de 22 de diciembre de 2001), entendiéndose por tal el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado, que tiene en cuenta las técnicas contrastadas

y la complejidad y trascendencia vital del paciente, todo ello encaminado a calificar el acto conforme o no al estado de la ciencia (SAN, Sección 4ª, de 27 de junio de 2001).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 4 de octubre de 2004, D. M. C. M. D. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes hechos, según describe:

“Que el día 27 de julio de 2004 estando embarazada de 38 semanas y media ingresé con contracciones en el H. N., estoy de parto y con una dinámica importante.

Es mi segundo embarazo, el anterior fue una cesárea motivada por una desproporción pélvico-encefálica y, por este motivo, comunico al personal que me atiende (matronas), que preciso cesárea, pues, según el seguimiento del embarazo por varios ginecólogos, el bebé es grande y al tener esta desproporción me habrían anunciado una cesárea casi segura.

Haciendo caso omiso de mi sugerencia me someten al proceso normal de un parto. Durante la dilatación me inyectan la epidural y me rompen aguas. Cuando llego a la dilatación óptima de parto (10 cm.), me lo reconocen y entonces deciden (6 horas después de mi ingreso aproximadamente) que tienen que practicar la cesárea.

Entro a quirófano a las 19,30 horas, me practican la cesárea el Dr. B. y la Dra. P. O.. Durante la operación me rompen un vaso sanguíneo y se produce una hemorragia. A la niña le sacan a las 19,45 después de pegar unos tirones tremendos en el lado izquierdo que es donde la niña estaba ubicada. La Dra (...) sale con la niña y le comunica a mi marido y familia, después de dar la enhorabuena, que la cesárea ha sido complicada y aconseja que no se produzcan más embarazos”.

Continua relatando que esa misma noche comienza a sentir molestias en el costado izquierdo, y a la mañana siguiente le suministran calmantes por ser más fuerte el dolor.

El día 30 de julio siguiente le realizan una analítica en la que se detecta anemia importante que, según la reclamante, no había sufrido en todo el embarazo, e infección urinaria, siendo necesario transfundir sangre. Al persistir el dolor le realizan una ecografía renal que resulta normal, llegándose a la conclusión de que el dolor se debía a un desgarro, o contractura muscular, producida durante la cesárea.

La interesada es dada de alta, pero al persistir el dolor, acude al Servicio de Urgencias del H. N., donde tras una analítica le informan que continua con infección de orina, y que debe seguir con el tratamiento antibiótico.

Como el dolor persiste acude de nuevo al Hospital Santa María del Rosell en donde le realizan una radiografía, y le vuelven a decir que los dolores pueden deberse a un desgarro o contractura.

Ante la aparición de incontinencia urinaria se dirige al Servicio de Urgencias del H. N., y los doctores que la atienden hablan de una posible fístula, por lo que le indican que solicite consulta urgente en ginecología. Es citada a los dos días, y para agilizar las pruebas que ha de hacerse, es ingresada en el hospital, siendo diagnosticada de una fístula el 23 de agosto, que se ha producido durante el transcurso de la cesárea, y que debe ser operada.

La reclamante sostiene que la fístula es consecuencia de una negligencia médica que le ha ocasionado una lesión en el sistema urinario, y que se hubiera evitado si la cesárea se

hubiera efectuado antes, lo que le ha sumido, a su vez, en una fuerte depresión, pues pasa los días continuamente orinando lo que le provoca irritación, molestias, picor, etc., sintiendo pánico a una segunda intervención de la que no le dan garantías fiables de que vaya a quedar bien, y manifiesta su intención de que sea intervenida en una clínica especializada.

También refiere que la actuación profesional debe extenderse a la fase previa, con una puntual información al interesado, mediante una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes en cada enfermo, de los factores de riesgo existentes y de los resultados que previsiblemente puedan derivarse de la intervención.

Finalmente reclama la cantidad de 24.000 euros, por los quebrantos de todo tipo que ha padecido.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de octubre de 2004 la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial, que es notificada a la interesada el 12 del mes siguiente.

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

CUARTO.- El Hospital Santa María del Rosell, del que depende el Servicio de Ginecología del H. N., remite la historia clínica de la reclamante, así como el informe de los tocólogos de guardia D. J. B. M. y D. P. O. Q., que realizaron la cesárea:

“1º. La cesárea se le realizó a la paciente en el momento oportuno habiendo valorado previamente el tamaño fetal, descartando macrosomía, y teniendo en cuenta que la cesárea anterior no es una indicación absoluta de cesárea electiva.

2º. Una vez comprobada la no progresión del parto indicamos la cesárea. La intervención transcurrió sin complicaciones evidentes, siendo solamente destacable la dificultad en la disección del plano vesico-uterino, circunstancia que observamos con mayor frecuencia cuando se trata de una cesárea anterior.

3º. El postoperatorio transcurrió sin complicaciones salvo anemia, (que precisó transfusión), e infección de orina. Al 6º día de la intervención la paciente refiere dolor persistente en fosa ilíaca izquierda. Se le realiza ecografía renal que informa de normalidad en riñones y vías urinarias, por lo que es dada de alta.

4º. El motivo por el que reclama la paciente es por una fístula vesico-vaginal que no se evidencia hasta los 15 días de la intervención momento en el que aparece una incontinencia urinaria. Se trata pues de una complicación postoperatoria tardía imprevisible en este caso, y que se contempla como posible en este tipo de intervención por el estado de los tejidos al existir una cirugía previa.

Por tanto no consideramos que exista en el caso ni mala praxis, ni negligencia durante el acto quirúrgico.”

Consta también nota interior del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital María del Rosell, Dr. D. R. L., en la que señala, respecto al deseo de la paciente de que la reducción de la fístula le sea practicada en una clínica especializada, que este tipo de operación se puede efectuar en su servicio, sin que sea una intervención de alto riesgo, ni de extrema dificultad.

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

- *Las fístulas vesico-vaginales son comunicaciones patológicas entre la vejiga y la vagina que pueden deberse a múltiples causas, aunque la más frecuente es la yatrogenia quirúrgica.*
- *Es una complicación conocida, que puede surgir tras la intervención de cesárea. Cuando sucede, no se puede atribuir con total seguridad a la mala praxis. El hecho de que se hayan realizado anteriores cesáreas, aumenta el riesgo de que aparezcan fístulas vesico-vaginales.*
- *La cesárea sólo debe realizarse cuando fracasa el parto por vía vaginal, y no para acelerar el parto u otros motivos de índole no clínicos. En este sentido, la actitud de los facultativos de guardia durante el día 27 de julio de 2004 fue la correcta, ya que esperaron a ver cómo evolucionaba el parto por vía vaginal, y cuando se había llegado a dilatación completa y el feto no había pasado del primer plano, se decide la intervención.*
- *El hecho de que la madre haya tenido un parto anterior mediante cesárea, no es un motivo clínico al 100 % que obligue a que los sucesivos partos deban ser atendidos de la misma manera.*
- *El documento de consentimiento informado, que consta en la historia clínica, no está cumplimentado ni firmado por el médico, ni por la paciente. Se desconoce si D. M. C. M. D. fue informada verbalmente.*
- *Cuando la paciente manifestó dolor en fosa ilíaca izquierda, se le realizaron pruebas analíticas y una ecografía renal para averiguar la causa del mismo, evidenciándose infección urinaria y anemia, que fueron tratadas adecuadamente.”*

Tras estas consideraciones el Inspector Médico alcanza las siguientes conclusiones:

“No ha existido negligencia, ni mala praxis, en la atención sanitaria prestada a Dña. M. C. M. D. durante el parto que se produjo mediante cesárea el día 27 de julio.

La afirmación realizada por la reclamante respecto a que se le tenía que haber realizado la cesárea antes, porque tenía una cesárea anterior, no tiene apoyo científico, ni tampoco existe relación en la aparición posterior de la fístula vesico-vaginal, y las 6 horas que transcurrieron hasta la cesárea.

La paciente fue atendida adecuadamente, utilizando todos los recursos sanitarios disponibles, siendo la aparición de la fístula vesico-vaginal un hecho imprevisible, en el que influyen factores ajenos a la pericia quirúrgica, como es el haberle realizado una cesárea anterior.

No obstante, el origen de la fístula es la intervención quirúrgica realizada, y estimo que debe ser indemnizada en la cuantía que proceda según ley, teniendo en cuenta que es una lesión que puede ser corregida quirúrgicamente, y que por tanto no se trata de un daño permanente.”

SEXTO.- Con fecha 23 de agosto de 2006 se remite a la reclamante copia de la historia clínica, solicitada en el escrito de reclamación, y se le comunica la apertura del plazo para

la práctica de prueba, sin que comparezca, al contrario que la compañía aseguradora del ente público, que aporta dictamen médico colegiado de los doctores D. E. B. C., D. J. R. V., D. J. Á. B., D. J. M. G. C. y D. M. J. R. J., todos ellos especialistas en Obstetricia y Ginecología, donde se alcanzan las siguientes conclusiones:

“1. Indicación correcta de prueba de trabajo de parto, ante una gestante a término, con cesárea anterior.

2. Indicación correcta de cesárea por no progresión de parto y sospecha de desproporción pélvico-cefálica.

3. La cesárea se vio dificultada por la existencia de adherencias entre útero y vejiga, y por prolongarse uno de los ángulos de la histerotomía.

4. Tras la cesárea se diagnosticó anemia, que precisó transfusión. Las hemorragias son las complicaciones más frecuentes de las cesáreas, y así se recoge en el documento de consentimiento informado de la SEGO.

5. El postoperatorio cursó con dolor en flanco derecho. Se practicó ecografía renal que no mostró alteraciones patológicas.

6. A los 15 días de la cesárea apareció incontinencia urinaria y se diagnosticó una fístula vésico-vaginal.

7. En nuestra opinión la fístula se originó por necrosis de una zona de la vejiga que había sido pinzada, suturada o desvascularizada, en el curso de la cesárea.

8. La vejiga es la víscera más frecuente lesionada en las cesáreas. Esta lesión se produce en 1,4 casos por cada 1000 cesáreas, si bien la mayoría de ellas se producen en cesáreas reiterativas.

9. La lesión vesical y la fístula son complicaciones típicas de la cesárea, en ocasiones inevitables, y por tanto su producción no puede considerarse como una negligencia.

10. En la documentación estudiada no se aprecian signos de mala praxis, ajustándose la actuación médica a lex artis ad hoc”.

SÉPTIMO.- El 30 de noviembre de 2006 se otorga un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, sin que tampoco haya comparecido, tras lo cual se dicta propuesta de resolución desestimatoria, al considerar que se ha materializado un riesgo de la intervención de cesárea cuando es repetida, que no se reputa de antijurídico, y que la reclamante está obligada a soportar.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

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

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

La interesada ejercitó su derecho a reclamar el 4 de octubre de 2004, dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC, pues la intervención de cesárea, que califica de negligente, le fue realizada el 27 de julio anterior.

En el procedimiento se ha seguido, en líneas generales, lo establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

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

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

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

La reclamante sostiene que se ha producido una negligencia médica en la intervención de cesárea que le practicaron el 27 de julio de 2004, pues posteriormente se le diagnosticó de una fistula, por la aparición de incontinencia urinaria, que le sumió en una fuerte depresión, sintiendo pánico a una reintervención (sic). Considera que es achacable al equipo médico porque optaron inicialmente por un parto por vía vaginal, desdeñando la opción de cesárea propuesta por ella desde el principio para evitar riesgos innecesarios, habiendo incumplido los profesionales que la atendieron la obligación de medios, en cuanto a la aplicación de todas las técnicas que son normales para la averiguación de un mejor diagnóstico, y prever las dificultades que pueden surgir en el desarrollo de la intervención. También refiere que la actuación profesional debe extenderse a la fase previa, con una puntual información al interesado.

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

La reclamante, a quien incumbe probar el incumplimiento de la praxis médica en la intervención de cesárea conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha limitado a sus propias aseveraciones en el escrito de reclamación inicial, pese a que se le ha dado traslado de la historia clínica, y se le ha otorgado dos trámites de audiencia durante el procedimiento, el último de ellos tras el dictamen pericial aportado por la aseguradora del ente público, sin que haya comparecido, ni haya cuestionado sus

conclusiones, por lo que conviene destacar que sus imputaciones no han sido avaladas con los correspondientes medios probatorios.

Por el contrario, la instructora rechaza que se hubiera producido una inadecuada praxis médica basándose en los informes médicos obrantes en el expediente, que sostienen que no se ha producido en la atención sanitaria prestada a la paciente, en relación con cada una de las concretas imputaciones realizadas en el escrito de reclamación, que son valoradas seguidamente:

1ª. Sobre la tardanza en la práctica de la cesárea.

La cesárea sólo debe realizarse cuando fracasa el parto por vía vaginal, y no para acelerarlo u otros motivos de índole no clínicos. En este sentido la Inspección Médica señala que la actitud de los facultativos de guardia durante el 27 de julio de 2004 fue la correcta, ya que esperaron a ver cómo evolucionaba el parto por vía vaginal, y cuando se había llegado a una dilatación completa, y el feto no había pasado del primer plano, se decidió la intervención. También contradice la citada Inspección (folio 71) la afirmación de la reclamante respecto a que se le tenía que haber realizado la cesárea antes, al haberle practicado otra en un embarazo anterior, porque no tiene base científica, ni tampoco existe relación en la aparición posterior de la fístula vesico-vaginal, y las 6 horas que transcurrieron hasta la cesárea.

Asimismo el dictamen pericial colegiado aportado por la aseguradora, realizado conjuntamente por 5 especialistas de Obstetricia y Ginecología, destaca que el antecedente de una cesárea no constituye una indicación de cesárea para embarazos posteriores, según el protocolo específico de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO): “*En general se admite que el parto vaginal después de una cesárea, es un método seguro y práctico para reducir la tasa global de cesáreas. Por ello debe ofrecerse una prueba de trabajo de parto a casi todas las mujeres con cesárea previa e incisión transversa baja, dado que la mayor parte de ellas son candidatas a un parto vaginal (...)*”. Concluye en la adecuación de la praxis seguida con la paciente con la indicación correcta de cesárea, al no progresar el parto y sospecha de una desproporción pélvico-cefálica.

De otra parte coinciden los citados peritos en que no se puede afirmar que el intento de parto haya podido influir en la aparición de la fístula, pues la existencia de adherencias anormales entre la vejiga y el útero es la posible causa de la lesión vesical, y la posterior fístula, y el intento de parto vaginal, en ningún modo modifica esas adherencias, según exponen, y, por lo tanto, no se puede afirmar que practicar la cesárea, sin trabajo de parto previo, hubiera evitado la lesión que sufrió.

2ª. Sobre la fístula vesico-vaginal aparecida tras la intervención de cesárea.

A este respecto la Inspección Médica coincide con el parecer de los facultativos que la intervinieron en el sentido de reconocer que se trata de una complicación postoperatoria tardía imprevisible en este caso, y que se contempla como posible en este tipo de intervención por el estado de los tejidos, al existir una cirugía previa.

A mayor abundamiento los peritos de la aseguradora estiman que la fístula se originó por necrosis de una zona de la vejiga que había sido pinzada, suturada o desvascularizada en el curso de la cesárea, y que esta lesión se produce en 1,4 casos por cada 1.000 cesáreas, si bien la mayoría de ellas se producen en cesáreas reiterativas. También que su producción no puede considerarse como una negligencia.

En consecuencia, en el presente caso se ha acreditado que la fístula vesico-vaginal es consecuencia de la intervención de cesárea pero, en ningún caso, se ha acreditado que se produjera por infracción de la *lex artis*, según valoran los distintos informes médicos obrantes en el expediente, no cuestionados por la reclamante, de la que se desconoce su ulterior evolución, al no haber comparecido en el presente procedimiento, si bien el Consejo Jurídico constata en la historia clínica (folio 19) que cuando la paciente acudió a consultas externas de Urología del Hospital Santa María del Rosell, el 29 de septiembre de 2004, el facultativo que la atendió escribe: “A los 15 días fuga miccional por vagina, actualmente prácticamente no moja, con molestia ocasional, están lactando, y decide no practicar urografía. Explico situación (...)”. A este respecto los peritos de la aseguradora aclaran que se puede producir un cierre espontáneo de la fístula, circunstancia que se da en un 15-20% de los casos, si bien en muchos casos es necesaria la intervención quirúrgica para su reparación.

Debemos llamar la atención sobre la contradicción interna que se aprecia en el informe de la Inspección Médica (folio 71) que, tras afirmar que no existe mala praxis, propone en sus conclusiones que se estime la reclamación, porque la fístula tiene su origen en la intervención, exacerbando la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial, cuando se ha destacado en el presente Dictamen que la *lex artis* es el criterio utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para sustentar la existencia de responsabilidad patrimonial, entendiendo por tal el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado. De seguir tal criterio de objetivación sobre la relación de causalidad, nos llevaría a entender que la responsabilidad patrimonial se extendería a cualquier resultado que se produjera en un paciente con motivo de una intervención quirúrgica que se practique en un hospital público, convirtiéndose la Administración en una aseguradora universal, en contra de lo que advierte, por todas, la STS, Sala 3ª, de 14 de marzo de 2005:

“Debemos insistir por ello en que es necesario desterrar la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro que garantizaría, en cualquier caso, su adecuada restauración, con olvido de la jurisprudencia que ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras sociales de todos los riesgos (...) Y porque esto es así, nunca se insistirá bastante en que la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria exige siempre un cuidadoso análisis de los hechos a fin de poder establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado producido, lo que no resulta tan fácil tratándose de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores”. En definitiva el reconocimiento de las limitaciones que presenta la técnica médica, y aun toda la actuación humana, lleva a decir al Tribunal Supremo que pertenece a la naturaleza de las cosas el que “el buen fin de los actos terapéuticos no siempre puede quedar asegurado” (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 17 de mayo de 2004). Por lo demás, el informe de la Inspección que contemplamos arranca desde la perspectiva médica, y no jurídica, en el enjuiciamiento de los hechos y, con ser importante, no alcanza debidamente a sus consecuencias.

CUARTA.- Sobre la información suministrada a la paciente.

La interesada hace referencia tangencialmente en su escrito de reclamación a que “la correcta actuación profesional debe extenderse también a la fase previa, mediante una adecuada y prudente valoración de las circunstancias concurrentes en cada enfermo de los

factores de riesgo existentes y de los resultados, favorables o adversos, que previsiblemente puedan derivarse de la intervención o de la inmediatez de la misma, para obtener una correcta conclusión respecto a la indicación médica o quirúrgica que se efectúe, con puntual información de todo ello al interesado”.

Nada más concreta la interesada sobre la información recibida, en relación con la intervención de cesárea y sus riesgos, salvo que, tras su realización, y desde las 19, 45 horas a las 23,30 horas, su familia no recibe información, por lo que parece contraer la reclamación a este concreto periodo.

Cuando se producen los hechos que originan la reclamación se encontraba vigente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de la que destacamos los siguientes principios básicos:

1º. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (artículo 2.2).

2º. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (artículo 2.3).

3º. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (artículo 4.1).

4º. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (artículo 8.2).

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

Aplicado al presente supuesto, resulta probado en el expediente la existencia de consentimiento informado de la paciente a la intervención de la cesárea, aunque no se haya reflejado documentalmente, quizás por el carácter urgente con el que figura en la hoja operatoria –sólo consta la autorización para la analgesia epidural, acompañada de los antecedentes médicos de la madre–, basándonos en sus propias manifestaciones vertidas en el escrito de reclamación, en el que manifiesta que ella sugirió, desde su llegada al hospital, que se le practicara la cesárea, pues varios ginecólogos, que le habían realizado el seguimiento del embarazo, le habían advertido de que dicha intervención era casi segura, porque el bebé era grande. Además a la paciente le habían practicado una cesárea anterior en el año 1999.

Por tanto resulta acreditado en el expediente el consentimiento informado de la paciente a la intervención de cesárea con las notas definitivas de la Ley 41/2002 (artículo 3), en

tanto concurre la conformidad libre, voluntaria y consciente de la paciente (la había solicitado a su llegada al Hospital), manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada (así lo manifiesta expresamente), para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

La circunstancia de que apareciera, como consecuencia de la misma, una complicación ulterior (fístula vesico-vaginal), en la que influyeron factores ajenos a la pericia quirúrgica (el haberle realizado una cesárea anterior), según la Inspección Médica, en ausencia de prueba por parte de la reclamante, no convierten, sin más, dicha lesión en un daño antijurídico, pues, el único déficit en el derecho a la información que ella refiere tiene que ver con la falta de información a sus familiares, tras la intervención de cesárea, que contradice seguidamente al afirmar que “la Dra. P. salió con la niña y, después de dar la enhorabuena, le comunicó a sus familiares que la cesárea había sido complicada, aconsejando que no se produjeran más embarazos”. Por tanto, corresponde a la reclamante realizar las imputaciones sobre la omisión o deficiencias del derecho de información y, salvo en el aspecto reseñado con anterioridad, no las ha concretado, lo que no permite al Consejo Jurídico entrar a considerar otras variables del llamado Consentimiento Informado, que no han sido cuestionadas por la reclamante, lo que debería tener también su reflejo en la propuesta de resolución.

No obstante lo anterior, conviene destacar, como refiere la propuesta de resolución, que la práctica de la cesárea era la única opción terapéutica posible, tras el fracaso del intento de parto vaginal, por lo que ineludiblemente el nacimiento de la niña debía realizarse por cesárea, de lo que extraemos la siguiente consecuencia, como expusimos en nuestro Dictamen núm. 44/2007: *“pues si, a pesar de existir omisión o defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento, éste se aplica correctamente y, además, una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el único posible ...), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate, dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse del daño.”*

En el presente caso la paciente solicitó la aplicación de la intervención de cesárea, por la información que le habían suministrado varios ginecólogos según reconoce, y cuando se consideró por parte de los facultativos de la sanidad pública que la atendieron en el H. N. que estaba indicada, al no progresar el intento de parto vaginal, cuya adecuación a la *lex artis* no se ha puesto en duda por los diversos informes médicos obrantes en el expediente, se le realizó la cesárea a la paciente, única opción terapéutica posible para la extracción del feto, que no está exenta de complicaciones, como bien conoce la reclamante, a quien se le había practicado con anterioridad una cesárea. A este respecto tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora afirman que son complicaciones típicas de las cesáreas (esta lesión se produce en 1,4 casos por cada 1000 cesáreas), en ocasiones inevitables.

En consecuencia el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir el requisito de la antijuricidad del daño.

Por último no se justifica la cantidad global que se reclama, desconociéndose la evolución ulterior de la paciente, a la vista del informe médico ya citado (Consideración Tercera), que constató, a fecha 29 de septiembre de 2004, que “actualmente prácticamente no moja”.

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

CONCLUSIÓN

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

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 106/07.- Proyecto de Orden por la que se aprueba el reglamento general de la provisión de puestos de trabajo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 23/07/07

Extracto de Doctrina

1. *La Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, limita la potestad reglamentaria de los Consejeros, pues éstos sólo podrán hacer uso de ella “cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal o en materias de ámbito organizativo interno de su departamento” (artículo 52.1, Ley 6/2004). Ya desde los primeros Dictámenes de este Consejo Jurídico se indicó que el adverbio “específicamente” reclama “fijación precisa que así lo distinga y apartarse de generalizaciones, en cuanto la atribución específica es la excepción de la regla general que confiere originariamente al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria” (por todos, Dictamen 17/1998).*

2. *Como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho emanado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU. E s doctrina del Consejo de Estado que “la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal” (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En consecuencia, considera el Alto Órgano Consultivo que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada la Dirección General de Función Pública elabora un borrador de Orden de la entonces Consejería de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de noviembre de 2006, el Proyecto se remite a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, acompañado de la siguiente documentación:

a) Propuesta del Director General de Función Pública a la Consejera de Economía y Hacienda para la aprobación como Orden del Proyecto.

b) Certificación expedida por la Secretaria de la Mesa Sectorial de Administración y Servicios, acreditativa de la negociación en dicha sede del Proyecto de Orden.

c) Memoria justificativa que vincula el Proyecto con el Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Región de Murcia y con diversos Acuerdos suscritos entre la Administración regional y las organizaciones sindicales en materia de carrera profesional. Como objetivos esenciales del Proyecto se fijan los de lograr una mayor agilidad en los procedimientos de provisión y reducir la dispersa normativa que en la materia viene aplicando la Administración regional.

La memoria incorpora, asimismo, las motivaciones técnicas y jurídicas en que se inspira el Proyecto, efectuando una apretada síntesis de su contenido.

d) Informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General proponente.

e) Memoria económica, que informa de la ausencia de incremento de gastos derivados de la entrada en vigor de la nueva norma y de la reducción de los derivados del funcionamiento de las comisiones de selección de los concursos de méritos, como consecuencia de la nueva composición que de las mismas establece el Proyecto.

TERCERO.- Con fecha 16 de enero de 2007, emite informe el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, cuyas observaciones sobre la forma (procedimiento y técnica normativa) y el fondo de la regulación propuesta sólo en parte serán incorporadas al texto. Como consecuencia de tales adiciones, se elabora un nuevo borrador, el segundo.

Este borrador, que se encuentra firmado en todas sus páginas, aunque se desconoce el autor de la rúbrica, consta de una extensa parte expositiva innominada, una disposición aprobatoria del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Región de Murcia, un índice y la parte dispositiva del referido Reglamento, que consta de 55 artículos, divididos en doce capítulos, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y dos finales.

CUARTO.- Con fecha 25 de enero de 2007, el Vicesecretario de la Consejería de Economía y Hacienda emite informe acerca del Proyecto de Orden, concluyendo que procede continuar el expediente.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 31 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen, al versar sobre un proyecto de disposición de carácter general que se dicta en desarrollo o ejecución de una ley de la Asamblea Regional, se emite con carácter preceptivo de conformidad con el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.

Si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004 únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria “*en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia*”, permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que aquéllos dicten.

Examinado el expediente, constan en el mismo la propuesta inicial efectuada por el Director General de Función Pública, acompañada por el Proyecto de Orden, con su exposición de motivos y memoria justificativa de su oportunidad.

Muestra también el expediente una denominada memoria económica que expresamente afirma venir exigida por la Disposición Adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia y por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004. Este último precepto exige la realización de un estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere, estudio que no cabe identificar con la memoria preceptuada por la normativa presupuestaria. En efecto, de conformidad con el referido Texto Refundido, cuando la aprobación y aplicación de la nueva norma pudiera generar obligaciones económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos regionales o una disminución de los ingresos previstos, debe documentarse con una memoria en la que se detallen las posibles repercusiones presupuestarias de su aplicación; por el contrario, el exigido por la Ley 6/2004 tiene una naturaleza más amplia, pues no ha de interpretarse en el sentido de un mayor coste, sino del que se valore, con independencia de que origine o no mayores gastos de los que serían atendibles con los créditos ya consignados presupuestariamente.

Constan asimismo el informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección proponente, el del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, y el de su Vicesecretaría.

Si de lo anterior cabe concluir afirmando que, en términos generales, el procedimiento de elaboración seguido se adecua a las normas reguladoras del ejercicio de la potestad reglamentaria, han de efectuarse las siguientes matizaciones:

a) No se acompaña la relación de las disposiciones cuya vigencia quede afectada por la nueva Orden, tal y como exige el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

b) Del mismo modo, tampoco consta en el expediente el informe del Consejo Regional de la Función Pública, órgano superior colegiado de consulta, asesoramiento y participación del personal en la política de Función Pública (artículo 13.1 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (en adelante, TRLFP), aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero).

Es cierto que, como pone de manifiesto la memoria justificativa que acompaña al Proyecto, su intervención en el procedimiento de elaboración de la norma no tiene carácter preceptivo, atendido el rango normativo de la futura disposición (artículo 13.1, letra b, TRLFP), pero la trascendencia e importancia de la misma, ampliamente expuesta en la referida memoria y en la propia exposición de motivos de la norma, justifican sobradamente el sometimiento del Proyecto a la consideración del órgano consultivo, máxime cuando ninguna intervención se ha dado al resto de las Consejerías y organismos públicos de la Administración regional, cuya participación será, sin embargo, inexcusable, en la aplicación y puesta en práctica de los procedimientos de provisión previstos en la regulación ahora propuesta. En similares términos se expresa el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda.

Se sugiere, en consecuencia, que se solicite el informe facultativo del Consejo Regional de la Función Pública.

c) Con ocasión de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda se procede a elaborar un segundo borrador, que consta rubricado en todas sus páginas, si bien, se desconoce el autor de dicha rúbrica, por lo que no puede considerarse, en rigor, como “*copia autorizada del texto definitivo*” del Proyecto, que exige el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril. No obstante, según indica el Extracto de Secretaría General, este segundo borrador es el que se somete a consulta, lo que permite considerarlo como objeto de la consulta y sobre él se emite el presente Dictamen.

d) Las observaciones efectuadas por el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, sólo parcialmente son incorporadas en el segundo borrador del Proyecto, sin que conste en el expediente una valoración por parte del órgano o unidad redactora del texto, que ilustre acerca de los razonamientos que le llevan a rechazar diversas observaciones, que, siendo acertadas a juicio de este Consejo Jurídico, habrán de ser reiteradas en este Dictamen.

e) No consta el informe de impacto por razón de género que, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, resulta preceptivo en el procedimiento de elaboración reglamentaria, por exigencia del artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

Si bien el expediente fue remitido al Consejo Jurídico antes de la entrada en vigor de dicha exigencia –el pasado 11 de mayo–, ello no debe impedir que se emita el correspondiente informe con carácter previo a la aprobación del Proyecto como Orden.

TERCERA.- Habilitación legal y competencia. Alcance de la potestad reglamentaria de la Consejera de Economía y Hacienda.

La competencia de la Comunidad Autónoma para la regulación de su Función Pública deriva de los artículos 51 y 52 del Estatuto de Autonomía, que le atribuyen la creación y estructuración de su propia Administración, debiendo ser su régimen jurídico y el de sus funcionarios regulado por ley de la Asamblea Regional, de conformidad con la legislación básica del Estado. En ejercicio de la competencia reconocida, se dicta la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, cuyo Texto Refundido se aprueba por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero.

1. Alcance de la potestad reglamentaria de la Consejera de Economía y Hacienda.

El artículo 12.2, letra j) del Texto Refundido, en redacción dada por la Ley 9/2005, de 29 de diciembre, de Medidas Tributarias en materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios del año 2006, habilita expresamente a la Consejera de Economía y Hacienda para ejercer la potestad reglamentaria en materia de provisión de puestos. Por su parte, el artículo 52.6 TRLFP, establece que, reglamentariamente, se determinarán otros supuestos de desempeño provisional de los puestos de trabajo; debiendo añadir que su Disposición Final remite al Consejo de Gobierno la elaboración de los reglamentos necesarios para el desarrollo y aplicación de la Ley, en consonancia con su artículo 11.2, letra b), que le atribuye la competencia para aprobar los proyectos de ley y los reglamentos en materia de Función Pública.

El rigor con el que este Consejo Jurídico comprueba, en todo proyecto de desarrollo reglamentario que se somete a su consideración, la existencia de la debida conexión con el texto legal habilitante, de modo que en cualquier caso quede garantizado que su contenido se está desarrollando dentro de los límites de la facultad reglamentaria conferida por la ley, debe extremarse en este supuesto, pues el destinatario de la habilitación legal no es el depositario de la potestad reglamentaria originaria, el Consejo de Gobierno, sino la Consejera competente en materia de Función Pública.

Esta circunstancia tiene evidentes repercusiones en el alcance de la regulación reglamentaria que, al amparo de la referida habilitación, puede dictarse. En efecto, la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, limita la potestad reglamentaria de los Consejeros, pues éstos sólo podrán hacer uso de ella “*cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal o en materias de ámbito organizativo interno de su departamento*” (artículo 52.1, Ley 6/2004).

Ya desde los primeros Dictámenes de este Consejo Jurídico se indicó que el adverbio “específicamente” reclama “*fijación precisa que así lo distinga y apartarse de generalizaciones, en cuanto la atribución específica es la excepción de la regla general que confiere originariamente al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria*” (por todos, Dictamen 17/1998).

En el supuesto sometido a consulta, es cierto que existe una habilitación legal para ejercer la potestad reglamentaria en materia de provisión de puestos de trabajo, si bien en rigor ésta no reúne el requisito de ser específica. En primer lugar, porque la opción normativa plasmada en el Proyecto de Orden parece contradecir esa exigencia de especificidad, al tener por objeto, según la propia denominación del Proyecto y su exposición de motivos, la aprobación de un reglamento “*general*” de provisión de puestos de trabajo. Pero también, porque delimita el objeto sobre el que la Consejera de Economía y Hacienda queda facultada para dictar la regulación ejecutiva de la Ley, por referencia a un concepto, el de la provisión de los puestos de trabajo, de perfiles no siempre bien definidos.

Lo expuesto tiene relevancia respecto a la actividad normativa que la Consejera puede llevar a cabo en ejercicio de la citada habilitación, pues ésta tiene una doble dimensión: una positiva, en tanto que permite el desempeño de la potestad reglamentaria; y otra negativa, en tanto que límite material del contenido normativo.

En efecto, el Proyecto de Orden debe ajustarse de manera rigurosa y estricta a los términos de la habilitación, y ésta únicamente posibilita el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia de provisión de puestos de trabajo.

Siendo ello así, cualquier previsión normativa que no pueda ser reconducida al concepto “*provisión de puestos de trabajo*” debe calificarse como un exceso en la habilitación y, en consecuencia, habrá de ser suprimida del Proyecto.

2. El concepto “provisión de puestos de trabajo”.

El carácter excepcional predicable de la habilitación reglamentaria efectuada por el artículo 12.2, letra j) TRLFP obliga a efectuar una interpretación muy estricta (así lo indica también el Consejo de Estado en Dictamen 786/2006, en relación a las habilitaciones legales efectuadas a los Ministros) del concepto, evitando acepciones extensivas que pretendan incluir en él extremos que, aunque relacionados de una forma u otra con la provisión, no reúnan sus características esenciales y definitorias. Esta advertencia resulta especialmente necesaria respecto al concepto de “provisión de puestos de trabajo”, pues en la medida en que constituye una de las herramientas fundamentales para el desarrollo de la carrera administrativa del funcionario (el Capítulo VIII del TRLFP se denomina “La carrera administrativa y la provisión de puestos de trabajo”), pueden llegar a confundirse ambas instituciones. Así parece ocurrir en la parte expositiva del Proyecto cuando introduce una referencia expresa al Acuerdo de 6 de abril de 2005, de la Mesa Sectorial de Administración y Servicios, que si bien incluye acuerdos sobre carrera administrativa (grado personal), en sentido estricto no pueden considerarse relacionados con la provisión de puestos de trabajo.

La ausencia de una definición legal de la “provisión de puestos de trabajo”, obliga a acudir a la caracterización que de la misma ha efectuado la doctrina, según la cual consiste en aquel procedimiento administrativo que tiene por finalidad específica la cobertura, a través de mecanismos previamente diseñados, de los puestos de trabajo vacantes.

Conforme a este planteamiento, no tendrían cabida en la referida acepción ni aquellas vías o formas de desempeño de funciones que no constituyen puestos de trabajo en sentido estricto; ni aquellas instituciones que, utilizando los mecanismos de provisión como instrumento para materializarse, no han de confundirse con ellos, como el reingreso al servicio activo; ni las que persiguen una finalidad diferente, e incluso abiertamente opuesta a la cobertura de los puestos, como es la remoción.

De hecho, la Ley que ahora se pretende desarrollar califica expresamente como provisión de puestos de trabajo únicamente los procedimientos de concurso de méritos y de libre designación (artículos 49, 50 y 51). En el artículo 52, bajo el epígrafe “otras formas de provisión”, se regulan procedimientos provisorios los cuales no necesariamente lo son de puestos de trabajo, como ocurre con la figura contemplada en el apartado 4: el desempeño provisional de funciones. Sí lo son la redistribución de efectivos prevista en el artículo 52.2 y el traslado forzoso provisional del artículo 52.3. A los anteriores debe añadirse el mecanismo regulado en el artículo 43 TRLFP: el desempeño o atribución provisional de puesto de trabajo, pues aunque no es expresamente calificado por la Ley como forma de provisión, sí que persigue garantizar al funcionario que cesa en su puesto de trabajo y no consigue otro por los mecanismos contemplados en el artículo 49, la cobertura de un puesto de trabajo.

También forman parte de la provisión de puestos de trabajo las figuras, establecidas por la normativa estatal, de la comisión de servicios, la reasignación de efectivos, la movilidad por razones de salud o rehabilitación y la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género.

De acuerdo con la indicada interpretación estricta, no tendrían cabida en el concepto de “provisión de puestos de trabajo” y, por tanto, habrían de ser excluida su regulación del Proyecto en orden a evitar un exceso reglamentario, las siguientes figuras o procedimientos:

a) La remoción de puestos de trabajo regulada en el Capítulo IV de la futura Orden. En efecto, la remoción es la institución contraria a la provisión, pues si ésta persigue la cobertura de los puestos vacantes, aquélla tiene por finalidad el cese del funcionario en el puesto de trabajo que venía desempeñando, cuando concurren las causas establecidas por la Ley.

De hecho, el propio TRLFP distingue conceptualmente la remoción de las formas de provisión con las que comparte precepto (el artículo 52), al intitularlo “*Otras formas de provisión. Remoción de puestos de trabajo*”.

b) El desempeño provisional de funciones regulado en el Capítulo VIII del Proyecto. No puede considerarse como forma de provisión “de puestos de trabajo” un procedimiento que puede utilizar la Administración para “*ordenar a los funcionarios el desempeño provisional de funciones distintas de las específicas del puesto de trabajo al que se hallan adscritos, siempre que aquéllas sean funciones atribuidas al Cuerpo, Escala y Opción de pertenencia*” (artículo 52.4 TRLFP).

El objeto del desempeño es un conjunto o haz de funciones, que no llegan a constituir el contenido funcional completo de un determinado puesto de trabajo y que se encomiendan al funcionario para que las desarrolle, bien de forma simultánea con las propias del puesto por él ocupado, bien en exclusiva. En cualquier caso, el funcionario no cambia de puesto, no pasa a cubrir un nuevo puesto de trabajo, sino que permanece en el suyo (cuyas retribuciones sigue percibiendo), realizando no obstante aquellas funciones que se le encomienden.

c) El reingreso al servicio activo. La regulación legal del reingreso se realiza en sede de situaciones administrativas (artículo 65 TRLFP y 29 bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en adelante Ley 30/1984), en la medida en que aquél constituye la vía para pasar de cualquier otra situación a la de activo. El reingreso no es una forma de provisión, sino que, antes bien, se realiza a través de los mecanismos de provisión establecidos, ora mediante la participación en las correspondientes convocatorias de concurso o libre designación, ora mediante la adscripción provisional del reingresado a un puesto.

Cierto es que el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (en adelante RGIP), regula en su artículo 62 el reingreso al servicio activo, pero ha de advertirse que éste es un verdadero reglamento general nacido de la potestad reglamentaria originaria del Gobierno y que, precisamente por ello, los límites materiales a que ha de ceñirse son menos rigurosos que aquellos que constriñen las facultades normativas de la Consejera de Economía y Hacienda en el Proyecto sometido a consulta. Y aún así, el reglamento estatal se limita a regular aquellos extremos del reingreso que tienen una conexión de sentido con la materia provisoria (sistemas y formas de provisión a través de los cuales se realizará el reingreso, obligación de convocar para su provisión definitiva el puesto al que se hubiera adscrito provisionalmente al reingresado y obligación legal de éste de participar en la referida convocatoria).

Por el contrario, el Proyecto de Orden establece normas sobre extremos del reingreso al servicio activo completamente ajenos a la provisión, tales como la relativa al artículo 58.2 TRLFP o las preferencias para el reingreso establecidas en el artículo 48.1 del Proyecto.

d) La promoción sobre el mismo puesto de trabajo, regulada en el Capítulo XI del Proyecto, tampoco puede ser incardinada en el concepto de provisión de puestos de trabajo, toda vez que la finalidad de dicha regulación no es otra que facilitar la promoción interna del funcionario, posibilitando el paso de un Cuerpo, Escala u opción a otro, permaneciendo en el mismo puesto de trabajo. No se trata, por tanto, de proveer un puesto, sino de permanecer en el que ya se estaba ocupando. Es una medida de carrera administrativa, facilitadora de la promoción profesional del empleado público, no de un procedimiento o forma de provisión.

En consecuencia, deben eliminarse del Proyecto los Capítulos IV (de la remoción de puestos de trabajo); VIII (de los desempeños provisionales de funciones); X (del reingreso al servicio activo); y XI (de la promoción sobre el mismo puesto).

3. El rango normativo más adecuado para la disposición proyectada es el Decreto.

Debe recordarse, una vez más que, de ordinario, *“el desarrollo normativo de las leyes corresponde al Gobierno, como órgano que, en cuanto titular de potestad normativa, está inmediatamente subordinado al legislador”* (Dictamen del Consejo de Estado 230/2000), situación natural ésta que, no obstante, puede ser alterada por el propio legislador mediante la habilitación expresa y específica a un Consejero para el desarrollo reglamentario de determinados preceptos legales precisados de mayor concreción normativa en orden a posibilitar su aplicación y mayor eficacia.

Ahora bien, dicha alteración en la estructura del ordenamiento, en la medida en que procede a degradar el rango normativo exigido para el desarrollo directo de los preceptos legales, exige una adecuada justificación que podrá ser utilizada como pauta de interpretación de la habilitación conferida. Así, según el Boletín Oficial de la Asamblea Regional de Murcia, de 22 de noviembre de 2005, que recoge las enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2006, el grupo parlamentario que propone la habilitación a la Consejera la justifica en *“la necesidad de dar mayor agilidad a la provisión de puestos de trabajo, teniendo en cuenta la inmediatez para resolver y atender a las nuevas necesidades que se susciten por la Consejería competente en materia de Función Pública”*.

Pues bien, considera el Consejo Jurídico que dicha finalidad sería también alcanzable interpretando la habilitación conferida a la Consejera en el sentido de permitirle el desarrollo de las normas reglamentarias existentes en materia de provisión de puestos de trabajo, para regular precisamente aquellos aspectos que más pueden incidir en la agilidad y celeridad en la resolución de los procedimientos de provisión. En efecto, de aceptar la interpretación ahora sugerida, en la práctica, la Consejera de Economía y Hacienda podría dictar las bases generales de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, establecer las áreas funcionales, los criterios generales a aplicar en la confección de los baremos de méritos, establecer normas de buena gestión de los procedimientos de provisión, etc., extremos que, en la actualidad, son establecidos por sendas Órdenes (de 10 de octubre de 1994 y 14 de diciembre de 1998), pero que, tras la entrada en vigor de la Ley 6/2004, ya no podría regular la Consejera de Economía y Hacienda sin una expresa y específica habilitación legal.

Esta interpretación del artículo 12.2, letra j) TRLFP sería preferible en atención a las siguientes razones:

a) No se produciría una innecesaria alteración del sistema normativo ordinario, pues las normas reglamentarias que procedieran al desarrollo directo e inmediato del TRLFP seguirían manteniendo rango de Decreto y serían dictadas por el Consejo de Gobierno, cuya potestad reglamentaria originaria no se ve alterada por la habilitación efectuada a la Consejera, pues ninguna excepción se ha introducido en la Disposición Final única del citado Texto Refundido para limitar la potestad de desarrollo normativo que dicho precepto confiere al Consejo de Gobierno.

b) Podría procederse al desarrollo completo de la provisión, incluyendo los aspectos accesorios e íntimamente relacionados con ella, dictando un verdadero reglamento general en la materia. Adviértase que las limitaciones de contenido relativas a la adscripción provisional de funciones, al reingreso al servicio activo, a la remoción y a la promoción, no operarían de encontrarnos ante un Proyecto de Decreto, no de Orden. Y ello porque la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno no se vería constreñida por los estrechos límites de la habilitación legal conferida por el artículo 12.2, letra j) TRLFP, sino únicamente por los generales de la potestad reglamentaria, relacionados con la condición de complemento indispensable de que gozan los reglamentos ejecutivos respecto de las Leyes a desarrollar.

c) Se evitaría la disfuncionalidad consistente en la previsión de unas bases generales que regulen los elementos comunes a los concursos generales y específicos, así como las características peculiares de cada uno de ellos. Y ello porque, si bien el artículo 7 del Proyecto no establece de manera expresa el órgano competente para su aprobación, su indudable carácter normativo impide que puedan ser dictadas por un órgano inferior a Consejero, correspondiendo tal función a la Consejera de Economía y Hacienda (así lo establece expresamente la Disposición Final primera del reglamento). Ello conlleva que una Orden sea desarrollada por otra, generando una situación peculiar que puede derivar en confusión acerca del reparto material de contenidos entre instrumentos normativos del mismo rango.

Además, el artículo 5.2 del Proyecto somete los concursos de méritos a lo que dispongan el futuro reglamento, las bases generales y específicas, reproduciendo así el sistema tradicionalmente seguido en la Administración regional. Sin embargo, el rango normativo que se atribuye al reglamento introduce inestabilidad en el sistema, como consecuencia del carácter de verdadera norma que corresponde a las bases generales, destinadas a aplicarse a sucesivos concursos, a diferencia de la convocatoria, que es un acto administrativo con pluralidad de destinatarios, que agota su eficacia al resolverse el concreto procedimiento de provisión que inicia, y que, como tal acto, no puede contravenir lo dispuesto en una norma jurídica, en aplicación del principio de inderogabilidad singular de los actos administrativos.

Esa naturaleza de disposición general y el principio de jerarquía normativa determinan que las bases sólo se vean constreñidas por las normas de rango superior (artículo 62.2 LPAC), y la futura Orden no lo sería, de forma que las bases generales de los concursos de méritos podrían contradecir lo dispuesto en el reglamento de provisión.

Para evitar las incoherencias e inestabilidad puestas de manifiesto en los dos párrafos precedentes, bien se aprueba el reglamento como Decreto (opción que el Consejo Jurídico considera la más adecuada), bien se incorporan las bases generales al contenido de aquél.

En consecuencia, el Consejo Jurídico ha de subrayar la conveniencia de tramitar como Decreto la norma sometida a consulta, si bien esta observación no ha de ser elevada a la consideración de obstáculo de legalidad para la aprobación de la norma proyectada, toda vez que existe habilitación legal suficiente para ello, con la salvedad de aquellas materias que, como ya se ha indicado, no cabe incluir en el concepto de “provisión de puestos de trabajo”, y de otros concretos preceptos del Proyecto que exceden de la habilitación conferida y que serán puestos de manifiesto en las consideraciones de este Dictamen dedicadas al análisis particular del articulado.

4. Habilitación reglamentaria expresa que no se ejercita.

El artículo 50.4 TRLFP prevé que, para facilitar la calificación de los méritos, reglamentariamente se determinará la forma en que los jefes de las unidades orgánicas correspondientes elaborarán informes de valoración de los funcionarios en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, el Proyecto no desarrolla tales extremos.

CUARTA.- Observaciones de carácter general.

1. De la oportunidad del Proyecto.

La publicación en el Boletín Oficial del Estado de 13 de abril de 2007, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), debería mover a una reflexión acerca de la oportunidad de aprobar ahora el Proyecto sometido a consulta.

Adviértase que la norma básica establece variaciones sobre el esquema de la provisión y la movilidad de los empleados públicos, que la Comunidad Autónoma habrá de desarrollar por Ley, quedando demorada hasta la aprobación de ésta la entrada en vigor de las normas que sobre provisión contiene el EBEP (Disposición Final cuarta, apartado 2). Consecuencia de ello es que, de aprobarse el Proyecto, la Orden resultante podría quedar rápidamente superada por la Ley, obligando a la Administración regional a dictar un nuevo reglamento de provisión o, al menos, a modificar diversas previsiones del mismo.

2. El ámbito subjetivo de aplicación.

a) El artículo 2 del Proyecto contiene referencias a las relaciones de puestos de trabajo que resultan excesivamente genéricas y faltas de concreción, lo que deriva en confusión y oscuridad acerca de lo regulado.

Así, no se alcanza a entender qué se quiere expresar en el apartado 1 cuando se indica que el reglamento será aplicado al personal laboral “*en los términos establecidos en las relaciones de puestos de trabajo*”. Y ello porque la regulación legal (artículo 19.2, letra c) TRLFP) de estos instrumentos organizativos prevé que indiquen la forma de provisión del puesto sólo respecto de puestos de trabajo adscritos a funcionarios públicos, no al personal laboral.

Si lo que se quiere establecer es que el personal laboral sólo podrá proveer aquellos puestos de trabajo que en las relaciones de puestos de trabajo estén abiertos a su ocupación por dicha clase de personal (artículo 4.4 del Decreto 46/1990, de 28 de junio, que aprueba el modelo y dicta normas para la aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo), la redacción no es afortunada y debería modificarse.

Del mismo modo, no es fácilmente comprensible a qué se refiere el apartado 2, cuando afirma que el reglamento podrá ser aplicado al personal docente y estatutario de la Adminis-

tración regional “de acuerdo con lo establecido en las relaciones de puestos de trabajo”. La existencia de normativa específica propia de tales clases de personal excluye la aplicación directa de las normas sobre provisión del resto de personal funcionario, quedando éstas como regulación supletoria, como indica el primer inciso del apartado 2.

Puede ocurrir, sin embargo, que el personal docente o estatutario concurra a la provisión de puestos pertenecientes a la Administración general, que de ordinario habrán de ser provistos por personal funcionario, pero que son abiertos a su ocupación también por personal estatutario (Disposición Adicional duodécima TRLFP) o docente (Disposición Adicional cuarta TRLFP), por así preverlo las relaciones de puestos de trabajo. En estos supuestos, el personal estatutario o docente habrá de quedar sometido a las normas que disciplinan el procedimiento de provisión al que concurren, que no serán otras que las ordinarias o generales que se pretenden establecer con la Orden sometida a consulta y las bases de la convocatoria, con las necesarias adaptaciones al peculiar régimen de tales funcionarios.

Es evidente, por tanto, que la redacción del precepto, en la medida en que se limita a hacer una genérica e inconcreta referencia a las relaciones de puestos de trabajo es insuficiente, tanto si lo que se pretende es establecer que el personal estatutario o docente puede proveer únicamente aquellos puestos de trabajo que estén abiertos a su ocupación por ellos, por así preverlo las relaciones de puestos de trabajo, como si se persigue establecer en qué medida este tipo de personal quedará sometido a las normas contenidas en la futura Orden.

Estas observaciones resultan extensibles al artículo 10.3 del Proyecto.

b) Debería establecerse una salvaguardia del régimen específico en materia de provisión de puestos del personal investigador (artículo 1.2 Ley 30/1984, y 16.3 y 19 de la Ley 8/2002, de 30 de octubre, de creación del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario), que resultará aplicable de forma directa, dejando una eficacia meramente supletoria a las normas del futuro Reglamento.

c) La alusión que se realiza al personal procedente de otras Administraciones Públicas, al que se le podrá aplicar el régimen previsto en el futuro Reglamento “*de conformidad con los acuerdos suscritos en la materia*” es, asimismo, insuficiente. En primer lugar porque en la expresión “*personal procedente de otras Administraciones Públicas*” cabrían supuestos tan diversos como el personal transferido con ocasión de un proceso de traspaso de funciones y servicios (artículo 37.1 TRLFP); el personal integrado (es decir, personal procedente de la Administración del Estado, otras Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales o de la Asamblea Regional que participan en procedimientos de provisión convocados por la Comunidad Autónoma); el personal de la Administración del Estado en comisión de servicios en la Administración regional (artículo 69 RGIP) o funcionarios de la Administración del Estado seleccionados en concursos convocados por ésta para la provisión de puestos de trabajo propios de la Comunidad Autónoma (artículo 68 RGIP).

Estos supuestos se someten a regímenes diversos de provisión, y sólo en dos de ellos está previsto que se alcancen acuerdos con incidencia en materia provisoria. Así, los funcionarios transferidos se integran plenamente en la función pública regional siéndoles de aplicación el régimen provisorio de ésta en su totalidad, sin perjuicio del permanente derecho de opción que les permite participar en los procedimientos de provisión que convoque su Administración de procedencia (Disposición Transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en adelante EARM).

Tampoco se prevé determinación mediante acuerdo del régimen de provisión aplicable en el caso del personal de la Administración del Estado en comisión de servicios en la Comunidad Autónoma, pues sigue siéndole de aplicación el régimen provisorio de su Administración de origen, sin que pueda cubrir otros puestos de trabajo en la Comunidad Autónoma, salvo a través de los mecanismos de movilidad interadministrativa.

Respecto al personal integrado por movilidad interadministrativa, los acuerdos entre Administraciones que la hacen posible sí pueden establecer determinados criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en la provisión (artículo 84.2 EBEP, precepto que tiene demorada su entrada en vigor hasta que por la Comunidad Autónoma se dicten las leyes de desarrollo del referido Estatuto –Disposición Final cuarta, 2–, pero que ha de ser tomado en consideración atendida la previsible permanencia en el tiempo del reglamento propuesto). Estos acuerdos son a los que parece aludir el artículo 2.2 del futuro reglamento, pero olvida que el artículo 84.3 EBEP establece normas de provisión específicas para el personal integrado que no dependerán de los acuerdos alcanzados, sino que vienen establecidas directamente por la Ley básica.

En consecuencia, debería revisarse la redacción del último inciso del artículo 2.2 del Proyecto, para precisar tanto los supuestos a que se refiere como el régimen aplicable a cada uno de ellos.

3. Comisiones de Provisión.

En diversos preceptos se utiliza el término “Comisión de Provisión”, que contradice el legalmente acuñado de “Comisión de Selección” (artículo 50.3 TRLFP), denominación ésta que ha de respetar el reglamento en virtud del principio de jerarquía normativa.

QUINTA.- Observaciones particulares.

– Artículo 3. Sistemas de provisión.

a) No es adecuado denominar sistema de provisión a los procedimientos de adjudicación meramente temporal o provisional de los puestos de trabajo. En efecto, el TRLFP distingue los sistemas de provisión (artículo 49), concepto únicamente predicable del concurso y de la libre designación, y “formas de provisión” (artículo 52), para aludir a otros procedimientos de cobertura de puestos de trabajo.

b) Como ya indicó el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en la redacción propuesta parece indicarse que el concurso es el sistema normal de provisión dentro de los denominados “sistemas de provisión definitiva”, cuando lo cierto es que el artículo 50.1 TRLFP proclama dicho carácter respecto de toda la provisión, al establecer que el concurso es “el sistema normal de provisión”.

c) El apartado 3 establece una norma relativa a la adjudicación inicial de puestos de trabajo al personal de nuevo ingreso. Ya el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda, acertadamente, indicó el difícil encuadramiento de dicha asignación inicial de puestos de trabajo en el concepto de provisión, siendo su ubicación más adecuada en sede de selección, en la medida en que culmina el reclutamiento externo de personal mediante la asignación de un puesto, constituyendo una actuación previa y necesaria para posibilitar al todavía aspirante a tomar posesión del mismo y perfeccionar así el último de los requisitos para adquirir la condición de funcionario.

Con ocasión de las observaciones formuladas en su día por el órgano preinformante, ya en el segundo borrador se suprimió el entonces capítulo XI, dedicado a regular esta adjudicación inicial. Sin embargo, no se hizo lo mismo con el artículo 3.3, el cual constituye un exceso reglamentario, en la medida en que dicha regulación no tendría cabida en el concepto de provisión de puestos de trabajo, en los términos indicados en la Consideración Tercera de este Dictamen.

Tampoco se adecua a la supresión del referido Capítulo el artículo 43.1, letra f) del Proyecto, que sigue remitiendo al mismo.

– Artículo 5. Finalidad y régimen jurídico (del concurso de méritos).

La finalidad que se asigna en exclusiva al sistema de concurso de méritos es predicable de cualesquiera sistemas, procedimientos o formas de provisión, dado que todos ellos habrán de tender a conseguir destinar a cada puesto de trabajo a la persona adecuada para su desempeño.

– Artículo 6. Tipos de concursos.

Distingue el artículo 6 dos clases de concurso (general y específico), utilizando como criterio distintivo el tipo de puesto que se convoca para su provisión. Llama la atención, sin embargo, que carece el Proyecto de una regulación, siquiera mínima, del llamado concurso específico, pues en ningún precepto se diferencia entre ambos concursos, debiendo entender que la regulación contenida en el Capítulo II del reglamento es la correspondiente al concurso de méritos denominado general.

Se sugiere, por tanto, que se incorpore al reglamento la normativa rectora de los concursos específicos.

– Artículo 7. Bases generales.

a) El artículo debería establecer el órgano competente para dictar las bases generales que, como ya se dijo y en atención a su carácter normativo, habrá de ser la titular de la Consejería competente en materia de función pública.

No es adecuado hacerlo en la Disposición Final del Proyecto, pues no se trata de una habilitación reglamentaria, toda vez que la Consejera de Economía y Hacienda podrá aprobar las bases generales, no porque la habilite el reglamento, sino porque queda facultada para ello por el artículo 12.2, letra j) TRLFP.

b) Del mismo modo, debería concretar el contenido mínimo de tales bases generales, que en la redacción actual queda excesivamente impreciso y vago. De hecho, a lo largo del Proyecto pueden detectarse ya algunos de esos contenidos, pues los artículos 6, 12.3, 13.1, y 14.8, efectúan remisiones expresas a lo que dispongan las bases. No obstante, a la luz de las bases generales hoy vigentes, aprobadas por Orden de 10 de octubre de 1994, los extremos recogidos en el Proyecto no agotarían su contenido, por lo que el reglamento sometido a consulta debería establecer qué extremos corresponde establecer a las bases generales y cuáles deben ser objeto de regulación en aquél.

– Artículo 8. Convocatorias.

a) No es correcto el uso de la ambigua locución “sin perjuicio de”, para excluir de las convocatorias de concurso de méritos los puestos de trabajo a proveer por libre designación, pues en el contexto del artículo podría llegar a interpretarse en un sentido radicalmente opuesto.

Adviértase que, si se modificara la redacción del precepto en el sentido de indicar la obligatoriedad de convocar todos los puestos dotados presupuestariamente que, de conformidad con las relaciones de puestos de trabajo, hayan de ser provistos por el sistema de concurso de méritos, no sería necesario excluir expresamente a los que deban serlo por libre designación.

b) El apartado 1 establece para la Administración una obligación que la Ley no le impone, como es la de convocar todos los puestos vacantes y dotados presupuestariamente, excepto los que estén pendientes de una reorganización administrativa.

Con esta previsión la Administración regional recorta su facultad de apreciar discrecionalmente la necesidad de proceder a la convocatoria de un determinado puesto de trabajo, que es propia de su potestad de autoorganización, pues al igual que ningún precepto legal la obliga a sacar a concurso todos los puestos vacantes, también existen otros posibles motivos, además de las reestructuraciones orgánicas, que pueden justificar la no convocatoria de un puesto de trabajo, tales como otras circunstancias del puesto de trabajo, la ausencia de disponibilidad de personal, necesidades preferentes, etc. (así, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 390/2002, de 24 de abril; y sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 1996).

En realidad, únicamente sería exigible una motivación adecuada y suficiente (artículo 54 LPAC) para determinar la procedencia o no de convocar un determinado puesto de trabajo.

– Artículo 9. Contenido mínimo de las convocatorias.

a) El apartado 1 debería incluir la referencia expresa al precepto legal (artículo 50.2 TRLFP) cuyo contenido reproduce, si bien con pequeñas variaciones y adiciones que no constituyen excesos reglamentarios.

b) La letra e) del apartado 1 menciona por primera vez en el Proyecto el denominado “turno de resultas”, repitiendo alusiones al mismo el artículo 15.3 y 4. Carece el futuro reglamento de una regulación del referido turno, actualmente inserta en las bases generales aprobadas por Orden de 10 de octubre de 1994, cuando su ubicación más adecuada sería el propio reglamento.

– Artículo 10. Solicitudes.

a) Como ya indicara el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, quizás fuera conveniente regular en este precepto un trámite de admisión y exclusión de aspirantes, cuya existencia, de facto, presupone el artículo 13.2 del Proyecto al aludir a “*los concursantes admitidos y excluidos*”.

b) El apartado 3, al margen de las observaciones efectuadas sobre el mismo con ocasión del análisis del ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto, encontraría una mejor ubicación en el artículo 11, en la medida en que se está regulando condiciones de participación, no solicitudes.

– Artículo 12. Méritos.

a) El apartado 1 distingue, dentro de los méritos adecuados a las características de los puestos de trabajo, entre méritos generales (antigüedad, grado personal, formación, titula-

ciones, trabajo desarrollado y permanencia en el puesto) y complementarios (experiencia en área funcional, desempeño de funciones específicas de los puestos y otros méritos que se establezcan en la convocatoria).

El artículo 50 TRLFP no recoge expresamente esta clasificación, aunque sí la presume, pues señala como labor propia de las Comisiones de Selección la de valorar los méritos complementarios, si bien no identifica cuáles de los indicados en el apartado 1 del mismo precepto legal han de ser considerados como tales. Este apartado, por su parte, parece establecer una cierta distinción entre los méritos adecuados a las características de cada puesto de trabajo y el resto de méritos, cuando establece que sólo se valorarán los méritos exigidos por la correspondiente convocatoria, *“entre los que figurarán los méritos adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad”*.

Por ello, no debería el Proyecto establecer la dicotomía “méritos generales-méritos complementarios” por referencia sólo a los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, sino a todos los méritos.

Siguiendo el precepto legal, la distinción entre méritos generales y complementarios podría realizarse identificando estos últimos con los adecuados a las características propias del puesto de trabajo. Así parece apuntarlo el artículo 12.3 del Proyecto, al calificar como méritos complementarios tanto la experiencia en el área funcional como el desempeño de las funciones específicas del puesto, pues en ambos casos, aunque con diferente nivel de detalle (área funcional o campo de actividad, en un caso; función específica y concreta, en otro) su valoración exige poner en relación la experiencia adquirida y funciones desarrolladas a lo largo de su carrera por el funcionario aspirante a un determinado puesto, con las tareas propias de éste.

Dicha identificación entre mérito complementario y méritos adecuados a las características de cada puesto de trabajo habría de quedar expresamente indicada en el Proyecto.

b) Coherentemente con la interpretación efectuada en el párrafo anterior, debería suprimirse la letra c) del apartado 3, pues si bien cabe que la convocatoria (no *“las bases”* como indica el precepto) establezca otros méritos diferentes de los enumerados, por así preverlo expresamente el artículo 50.1 TRLFP, éste no restringe dicha posibilidad a los adecuados a las características de cada puesto de trabajo.

c) La denominación de cada mérito debe coincidir con la legalmente establecida, de forma que en el apartado 2, donde dice “grado personal” debe decir “posesión de un grado personal”; y donde dice “la formación” debe decir “cursos de formación y perfeccionamiento superados”.

d) Resulta especialmente llamativo el mérito “permanencia en el puesto”, toda vez que, aunque no se concreta en qué consiste, parece querer valorar la ausencia de movilidad del funcionario, es decir, que éste no cambie de puesto de trabajo. Cabe recordar aquí que nuestro sistema de función pública se basa en la carrera administrativa, la cual, al margen de otras instituciones como la promoción, el grado personal, etc., cuenta, como elemento esencial para su desarrollo, con el instrumento de la provisión de puestos de trabajo. Gracias a ella, el funcionario puede cambiar de puesto de trabajo, con las limitaciones derivadas de su titulación, cuerpo funcional, etc.

Ahora bien, ni la movilidad ni su contraria, es decir, la inmovilidad, se configuran en nuestro ordenamiento jurídico como verdaderos derechos subjetivos del funcionario, que queda supeditado a las necesidades organizativas de la Administración a la que sirve. En efecto, para que pueda hacerse efectiva la movilidad es preciso que exista una vacante y que la Administración considere necesaria su cobertura, pues de lo contrario, y aunque el funcionario desee cambiar de puesto de trabajo, no lo podrá hacer. Del mismo modo, la inmovilidad del funcionario en su puesto de trabajo es hoy muy relativa, como demuestra la existencia de procedimientos de remoción del puesto de trabajo obtenido por concurso de méritos (artículo 52.5 TRLFP); de traslado forzoso (artículo 52.3 TRLFP); de redistribución de efectivos (artículo 52.2 TRLFP) y, sobre todo, la propia concepción del derecho al cargo que trasluce el artículo 52.1 TRLFP, en cuya virtud, y sin perjuicio de la estabilidad de la relación estatutaria, la ocupación de un puesto de trabajo concreto no constituye un derecho adquirido del funcionario.

Por tanto, la configuración como mérito de la “*permanencia en el puesto de trabajo*”, resulta extraña a la predominante concepción objetiva de la provisión de puestos de trabajo, según la cual ésta constituye un instrumento al servicio de la Administración, para la satisfacción de sus necesidades organizativas, siendo el referido “mérito” más propio de una interpretación de corte subjetivista, que pondría el acento no en la organización, sino en el funcionario.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que sería procedente suprimir el mérito indicado.

– Artículo 13. Valoración de los méritos.

a) Las Comisiones de Selección no tienen por misión la valoración de “*todos*” los méritos de los aspirantes (apartado 2), sino tan sólo la de los que tengan carácter de complementarios, de conformidad con el artículo 50.3 TRLFP. Esta observación se hace extensiva al artículo 14.1 del Proyecto.

b) No deben confundirse los trámites de subsanación de defectos de la solicitud y el de alegaciones, pues además de perseguir finalidades diferentes, su régimen también lo es.

El primero de ellos, de conformidad con el artículo 71 LPAC, se orienta a corregir los defectos u omisiones en que incurre la solicitud de participación en el concurso, y que han motivado la exclusión del procedimiento de concurrencia competitiva. Propio de la fase de iniciación del procedimiento (ya se indicó con ocasión del comentario al artículo 10 del Proyecto, la conveniencia de regularlo allí), la desatención por parte del interesado al requerimiento de subsanación efectuado tiene para él el drástico efecto de tenerle por desistido de su petición, lo que en relación al concurso significa verse definitivamente excluido del mismo.

Por el contrario, la alegación frente a la puntuación otorgada por méritos generales persigue poner de manifiesto la falta de conformidad del interesado con la valoración de aquéllos. A diferencia de la subsanación, si el concursante no alega frente a esta puntuación, no resulta excluido del concurso, sino que meramente pierde el derecho al trámite, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de recurrir en su día frente a la resolución definitiva del procedimiento.

c) Desde la reforma del artículo 48.1 LPAC, operada por la Ley 4/1999, el establecimiento de excepciones a la regla general consistente en que cuando los plazos se señalen

por días, éstos se entenderán hábiles, queda restringida a que así lo disponga una Ley o una norma de Derecho Comunitario, categorías éstas que no resultan predicables del futuro reglamento, por lo que el plazo de “10 días naturales” fijado por su artículo 13.2 contradice el referido precepto legal y debe ser modificado.

Esta observación se hace extensiva al plazo establecido por el artículo 15.2 del reglamento.

– Artículo 14. Comisiones de provisión.

a) Debe consignarse en género femenino la locución “al exigido” en la frase “debiendo pertenecer a grupos de titulación igual o superior al exigido”, del apartado 2.

b) Del mismo modo, debe suprimirse la alusión a las relaciones de puestos de trabajo, pues, además de ser innecesaria, parece indicar que los puestos son convocados por dichas relaciones.

c) Prevé el apartado 4 que en las convocatorias de los concursos se determinará la composición y, en su caso, designación de las comisiones de selección. Con tal redacción, que distingue entre composición y designación, parece que cada convocatoria puede establecer una composición diferente a la establecida en el apartado 3 del Proyecto, lo que convertiría en inútil su regulación.

Si lo que se pretende es indicar que será la convocatoria la que identifique a los componentes del órgano de provisión, debe buscarse una redacción más explícita y clara. Como mera sugerencia de redacción: “En la convocatoria de cada concurso se designará a los integrantes de la comisión de selección”.

d) El apartado 5 utiliza la expresión “puestos de provisión específica” sin que ningún otro precepto del reglamento arroje luz acerca de cuáles son tales puestos. Si se pretende aludir a los puestos que, de conformidad con el artículo 6.2 del reglamento han de ser provistos a través de concurso específico, así habría de indicarse expresamente.

e) El apartado 5 califica erróneamente como “órganos directivos” a las Consejerías y Organismos Autónomos.

f) El artículo 51, letra d) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, impone a las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre géneros, que promuevan la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración. El carácter básico del precepto (Disposición Final primera, apartado 2) determina su aplicabilidad directa en el ámbito de la Administración regional, aunque sería conveniente que el Proyecto recogiera dicha prescripción y estableciera los criterios y mecanismos para hacerlo efectivo.

– Artículo 16. Ceses y tomas de posesión.

Prevé el apartado 1 la posibilidad de prorrogar, por necesidades del servicio y a propuesta de la Consejería interesada, el plazo de toma de posesión por período no superior a un mes. Diversas consideraciones merece esta previsión:

a) En primer lugar, resulta contraria a las prescripciones del Procedimiento Administrativo Común, en cuya virtud los plazos pueden prorrogarse, pero no más allá de la mitad de los mismos (artículo 49.1 LPAC). Sería preferible seguir aquí el modelo del artículo 48

RGIP que, en lugar de prorrogar el plazo de toma de posesión, prevé la posibilidad tanto de diferir el cese como de conceder una prórroga de incorporación.

b) De no atenderse la sugerencia efectuada, debería precisar el precepto si la prórroga se refiere sólo al plazo de tres días (no es necesario indicar que son hábiles, de conformidad con el artículo 48.1 LPAC) o también al de un mes. De incluir este último plazo, la prórroga, o bien no operaría, en la medida en que el plazo posesorio ya alcanzaría la duración máxima de la prórroga, o bien habría que interpretar que la prórroga consiste en un mes adicional al del plazo posesorio, en cuyo caso, podría resultar excesivo, máxime si se considera que todo el tiempo del plazo posesorio, incluida su eventual prórroga, se considera de servicio activo a todos los efectos, incluidos los económicos.

– Artículo 17. Puestos a proveer por libre designación.

De conformidad con el artículo 51 TRLFP, sólo podrán proveerse por libre designación los puestos de Vicesecretarios, Subdirectores Generales y Secretarios particulares de Altos Cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.

Siendo ello así, no corresponde al futuro reglamento establecer qué puestos de trabajo pueden ser provistos por el sistema de libre designación, toda vez que la Ley reserva dicha función a las relaciones de puestos de trabajo, en orden a complementar la enumeración contenida en el referido artículo 51. Procede, en consecuencia, bien que el artículo 17 del Proyecto se limite a reproducir a la letra el artículo 51.1 TRLFP, dejando constancia del origen legal de dicha regulación, o bien que se proceda a su supresión.

No obstante lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que, atendidos los términos del artículo objeto de comentario, y dada la ausencia absoluta de justificación en el expediente acerca de la procedencia de someter al sistema de libre designación todos los puestos indicados en su apartado 2, parece necesario recordar la consolidada doctrina jurisprudencial que viene interpretando el artículo 20.1, letras a) y b) LMRFP, en el siguiente sentido:

“En nuestro ordenamiento jurídico el sistema normal de provisión de los puestos de trabajo de funcionarios es el concurso (artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública), y únicamente por vía de excepción a aquella regla se contempla en el artículo 20.1.b) de la misma Ley la posibilidad de que se cubran por el procedimiento de libre designación los puestos de trabajo que allí se especifican. Y en este mismo sentido se pronuncia el artículo 51.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

Siendo esa la regulación normativa básica, (...) no ha quedado debidamente justificada la adopción del sistema de libre designación para la provisión de los puestos de trabajo de Jefe de Servicio a los que la Diputación Foral de Álava aplica este procedimiento de provisión, pues, en efecto, no consta que la Relación de Puestos de Trabajos que acoge la determinación controvertida asigne a tales Jefaturas de Servicio la realización de funciones de dirección o de especial responsabilidad que justifiquen su provisión mediante libre designación.

Esa falta de justificación ha determinado que en reiteradas ocasiones, y precisamente con relación a puestos de Jefe de Servicio de distintas Administraciones Públicas, esta Sala haya declarado improcedente la adopción del sistema de libre designación. Pueden verse en este sentido, entre otras, las sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 2006 (casa-

ción 4576/01), 4 de diciembre de 2006 (casación 7392/00) y 22 de enero de 2007 (casación 7310/01)” (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 5 de febrero de 2007). En el mismo sentido, la de 12 de marzo de 2007, sólo por citar las más recientes.

– Artículo 20. Resolución de la convocatoria.

a) La convocatoria no es sino el acto que inicia el procedimiento de concurrencia, efectuando un llamamiento a quienes puedan estar interesados en proveer un determinado puesto de trabajo para que presenten su solicitud. En consecuencia, no es correcto afirmar que se resuelve la convocatoria, sino en todo caso el procedimiento convocado, lo que habría de ser tenido en cuenta para modificar el epígrafe que encabeza el precepto y su apartado 1.

b) En el apartado 1 debe precisarse que el “dies a quo” del plazo para resolver el procedimiento de libre designación es el *día* siguiente al de la finalización del plazo de presentación de instancias.

– Artículo 26. Criterios de la redistribución de efectivos.

a) Al ser el reglamento ejecutivo un complemento indispensable de la regulación legal, a cuya mejor interpretación y aplicación se orienta, tiene vedado establecer requisitos, condiciones o limitaciones que no hayan sido ordenadas por el legislador. Y eso es precisamente lo que hace el apartado 1, letra b) al exigir que ambos puestos de trabajo (el de origen del funcionario objeto de redistribución y el de destino) tengan previsto el mismo sistema de provisión. El Consejo Jurídico es consciente del ánimo que mueve a los redactores de la norma, que no ha de ser otro que evitar que quien ostenta un puesto de trabajo por concurso de méritos, pueda verse adscrito a un puesto de libre designación, con la minoración de las garantías que, respecto de su remoción, tal cambio en el sistema de provisión conlleva. Sin embargo, los estrechos límites en que ha de desenvolverse el ejercicio de la potestad reglamentaria en el presente caso y que ya fueron puestos de manifiesto en la Consideración Segunda de este Dictamen, impiden establecer la referida previsión, que habrá de ser eliminada para evitar incurrir en un exceso reglamentario.

b) El artículo debería encabezarse con una referencia al 52.2 TRLFP, en tanto que precepto legal objeto de desarrollo.

– Artículo 29. Causas y condiciones de las comisiones de servicios.

El hecho de ser el concurso el sistema normal de provisión -lo que lleva a considerar que debe tenderse a que el funcionario ostente su puesto de trabajo con carácter definitivo-, así como el sometimiento de la autorización de las comisiones de servicios a razones de urgencia y necesidad, aconsejarían el establecimiento de un límite temporal máximo de duración de las comisiones de servicios, no sólo cuando la comisión se produzca entre Administraciones Públicas (artículo 33.2 del Proyecto), sino también cuando tengan por objeto la cobertura de vacantes en el seno de la Administración regional.

– Artículo 32. Comisiones de servicios en el extranjero.

El precepto regula la comisión de servicios de funcionarios de la Administración regional que pasen a prestar servicios en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de colaboración nacionales o internacionales. De este elenco de posibles destinos no se deduce que el funcionario comisionado vaya a prestar servicios necesariamente en el “*extranjero*”, como indica el epígrafe, por lo que debería modificarse éste en orden a adecuarse al contenido del artículo que intitula.

Del mismo modo, y por idéntica razón, el uso en el apartado 3 de la expresión “*comisiones de servicios en el extranjero*” supondría una alteración del régimen básico de las situaciones administrativas que convertiría el precepto en nulo. En efecto, el artículo 62.1, letra b) TRLFP, deudor en su redacción del artículo 29.2, letra a) LMRFP, precepto básico, dispone que pasarán a la situación administrativa de servicios especiales los funcionarios que sean autorizados por la Administración regional para realizar misiones por períodos superiores a seis meses en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de colaboración nacionales o internacionales, independientemente de que los servicios se presten en el extranjero o en el territorio nacional, siendo el criterio determinante del pase a la referida situación administrativa el del organismo o entidad que recibe los servicios prestados por el funcionario.

En cualquier caso, para evitar la nulidad del precepto bastaría con referir las comisiones a que alude el apartado 3 a las reguladas en el apartado 1.

– Artículo 35. Causas y caracteres (del traslado forzoso).

a) Debe indicarse el origen legal del precepto, mediante la cita expresa del artículo 52.3 TRLFP.

b) El apartado 4 es redundante con el artículo 4 del Proyecto.

– Artículo 39. Extinción.

La letra c) prevé como causa de finalización del traslado forzoso provisional, la del transcurso del tiempo para el que se acordó. Presume, por tanto, la posibilidad de acordar un traslado forzoso de duración predeterminada, lo que resulta ajeno a su definición legal, según la cual el traslado durará hasta tanto se provean con carácter definitivo las necesidades del servicio que lo motivaron (artículo 52.3 TRLFP).

Procede, en consecuencia, suprimir la referida causa de extinción.

– Artículo 43. Normas generales (de las adscripciones provisionales).

a) Nada impide que el reglamento proceda a identificar los supuestos concretos en que procede acordar la adscripción provisional de puestos de trabajo, en la medida en que resulten reconducibles a los requisitos que la Ley exige para acudir a esta forma de provisión. Así, al margen del reingreso al servicio activo (artículo 65.2 TRLFP), para el artículo 43.2 TRLFP procede la atribución provisional de puestos de trabajo cuando el funcionario cesa en un puesto de trabajo sin obtener otro por los sistemas de concurso de méritos o libre designación.

Este supuesto genérico, con la oportuna cita del precepto legal, debería recogerse expresamente en el Proyecto, tanto para indicar que los restantes no son sino su concreción y desarrollo, como para evitar que la regulación reglamentaria pudiera llegar a restringir las posibilidades de acordar la adscripción provisional, al no contemplar supuestos que sí pudieran tener cabida en el requisito legal, al ser los términos en los que éste se expresa mucho más amplios.

b) De aceptar la Consejería consultante las observaciones efectuadas en la Consideración Segunda de este Dictamen acerca de los excesos reglamentarios en que incurre el Proyecto, deberían adecuarse las remisiones internas efectuadas por las letras a), e) y f) del apartado 1.

c) Debe suprimirse la vaga expresión “*con carácter general*” que da comienzo al apartado 3, toda vez que la Ley establece de forma imperativa y sin excepción que las adscripciones se producirán en la misma localidad o, en su defecto, en la más cercana.

– Disposición Adicional.

Como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho emanado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU.

Es doctrina del Consejo de Estado que “*la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal*” (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En consecuencia, considera el Alto Órgano Consultivo que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento.

En aplicación de esta doctrina, debe suprimirse la disposición adicional que pretende establecer de forma genérica y sin mayores precisiones, que los mecanismos de provisión de puestos de trabajo establecidos por la normativa estatal serán de aplicación supletoria en el ámbito de la Administración regional.

– Disposición Final primera.

Faculta esta disposición al Consejero competente en materia de función pública a aprobar las bases generales que desarrollen las normas contenidas en el futuro reglamento. Adviértase, no obstante, que sería la propia Consejera de Economía y Hacienda la que se habilitaría a sí misma para dictar dichas normas, lo que es absurdo.

Una recta interpretación de la habilitación conferida por el TRLFP permite entender que es la propia Ley la que faculta a la Consejera para dictar tales bases generales, no precisando de ulteriores habilitaciones.

– Disposición Final segunda.

No se advierten en el expediente razones de urgencia que justifiquen la inmediata entrada en vigor del futuro reglamento, con olvido de la *vacatio legis* general de veinte días, establecida con carácter general por el artículo 2.1 del Código Civil y 52.5 de la Ley 6/2004.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la Orden cuyo Proyecto ha sido sometido a consulta, correspondiendo su aprobación a la Consejera de Hacienda y Administración Pública, que cuenta con habilitación legal para ello.

SEGUNDA.- Tienen carácter esencial las siguientes consideraciones:

a) Deben eliminarse del Proyecto los Capítulos IV (de la remoción de puestos de trabajo); VIII (de los desempeños provisionales de funciones); X (del reingreso al servicio activo); y XI (de la promoción sobre el mismo puesto), de conformidad con lo indicado en la consideración Tercera, apartado 2.

b) Debe sustituirse la denominación “Comisión de Provisión” por la legalmente acuñada de “Comisión de Selección”.

c) Debe suprimirse el artículo 3.3.

d) La misión de las Comisiones de Selección es la valoración no de todos los méritos de los aspirantes, sino tan sólo de los complementarios (artículos 13.2 y 14.1).

e) En el artículo 12.2, la denominación de cada mérito debe coincidir con la legalmente establecida, de forma que donde dice “grado personal” debe decir “posesión de un grado personal”; y donde dice “la formación” debe decir “cursos de formación y perfeccionamiento superados”.

f) En los artículos 13.2 y 15.2, los plazos no deben establecerse en días naturales.

g) En el artículo 17.1, no corresponde al reglamento establecer qué puestos pueden ser cubiertos por el sistema de libre designación. Esta función queda reservada a la Ley y, por remisión expresa de ésta, a las relaciones de puestos de trabajo.

h) Debe eliminarse el artículo 26.1, letra b).

i) Debe modificarse la redacción del artículo 32.3, en el sentido de sustituir la expresión “comisiones de servicios en el extranjero” por la de “comisiones de servicios previstas en el apartado 1”.

j) En el artículo 39, letra c), debe suprimirse el inciso “o por el transcurso del tiempo para el que, en su caso, se acordaron”.

k) En el artículo 43.3, debe suprimirse la expresión “*con carácter general*” que le da comienzo.

l) Debe suprimirse la Disposición Adicional.

m) Debe eliminarse la Disposición Final primera.

TERCERA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, lo mejorarían técnicamente y facilitarían su inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 107/07.- Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/08/07

Extracto de Doctrina

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada se elabora por la Dirección General de Ordenación Académica un borrador de Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de la Educación Primaria para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de febrero de 2007, se incorporan al expediente los siguientes documentos:

a) Informe-propuesta que expone el marco competencial en que se inserta, la justificación de la necesidad y oportunidad del texto, y los trámites a seguir en su elaboración.

b) Estudio económico que se limita a efectuar una declaración de ausencia de incremento de gasto.

c) Informe sobre el impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razones de género, físicas, culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

TERCERO.- El borrador es sometido a informe del Servicio Jurídico de la Consejería, que es emitido el 7 de marzo de 2007, efectuando diversas observaciones que, en parte, son incorporadas al texto.

El informe alcanza las siguientes conclusiones: a) debe incorporarse al expediente un estudio económico que no se limite a efectuar una mera declaración de carencia de gasto; b) el contenido del Proyecto es respetuoso en líneas generales con la normativa básica estatal en la materia, aunque debería reproducir literalmente los preceptos de aquella que se incorporan al Proyecto; y c) el Proyecto ha de someterse a los informes preceptivos del Consejo Escolar de la Región de Murcia, de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico.

CUARTO.- Solicitado Dictamen al Consejo Escolar de la Región de Murcia, es emitido el 24 de abril de 2007 en sentido favorable al Proyecto, en la medida en que respeta la

normativa básica estatal, si bien formula diversas observaciones y sugerencias de cambio de redacción, que sólo parcialmente serán incorporadas al texto.

El Dictamen cuenta con los votos particulares de dos vocales, quienes formulan diversas enmiendas al texto, que se incorporan al expediente.

QUINTO.- Las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería y por el Órgano Consultivo son objeto de valoración en sendos informes de la Dirección General de Ordenación Académica, de fecha 9 de mayo de 2007, que explicitan las razones que mueven a su aceptación o rechazo.

Para atender las sugerencias asumidas se elabora un segundo borrador de Decreto, que es sometido a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

SEXTO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe favorable al texto, si bien formula diversas observaciones de corte tanto procedimental como sustantivo. Entre estas últimas reproduce aquellas que ya fueron puestas de manifiesto por el Servicio Jurídico de la Consejería y que, sin embargo, no fueron atendidas, relativas a la necesaria transcripción literal de las normas básicas incorporadas al Proyecto, a la ausencia de potestad reglamentaria del Consejero para fijar el horario que corresponde a cada área o materia, o para efectuar un desarrollo normativo del futuro Decreto.

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de junio de 2007, se emite informe por el Vicesecretario de la Consejería de Educación y Cultura, que reproduce en buena parte el de su Servicio Jurídico y que ya obra en el expediente.

Asimismo, el 22 de junio, la Dirección General de Ordenación Académica valora las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, para rechazar la referida a la literalidad de la transcripción de las enseñanzas mínimas.

OCTAVO.- Con fecha 22 de junio de 2007, el Director de Ordenación Académica remite el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura, en orden a solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia por el trámite de urgencia.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 28 de junio de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000 y, entre otros, en nuestro Dictamen 160/2002, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o, como en el caso presente, la legislación

básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado, respecto de estos reglamentos, que son todos aquellos que se convierten en complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de la Educación Primaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

El reglamento proyectado, además, se configura como instrumento regulador esencial del Sistema Educativo, en tanto que escalón necesario en el proceso de progresiva concreción de los elementos que lo configuran.

Finalmente, no es óbice para la consideración del Proyecto como reglamento ejecutivo, que éste sea un desarrollo directo no tanto de la citada Ley Orgánica como de un Real Decreto, el 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las Enseñanzas Mínimas en la Educación Primaria (en adelante RD 1513/2006), dado que el carácter de básico deriva no sólo de su Disposición Final primera, que así lo proclama expresamente, sino también por resultar inmanente a dicho Reglamento estatal, al ser el resultado del mandato que la LOE, en su artículo 6.2, efectúa al Gobierno para fijar los aspectos básicos del currículo, que constituirán las enseñanzas mínimas que garanticen una formación común y la validez de los títulos correspondientes.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.

Como ya se adelantó en la Consideración precedente, el Proyecto constituye un desarrollo directo del artículo 6.4 LOE, según el cual *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*; y del RD 1513/2006, que establece dichos aspectos básicos que constituyen las enseñanzas mínimas de cada etapa.

La competencia de la Administración regional para fijar el currículo de la Educación Primaria deriva del artículo 16 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen. Igualmente, y de forma más específica, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de

Murcia en materia de enseñanza no universitaria, en su Anexo, prevé, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

TERCERA.- Competencia orgánica y procedimiento de elaboración del Proyecto.

1. El Consejo de Gobierno es el órgano competente para aprobar, en su caso, el presente Proyecto, en virtud de la genérica atribución de potestad reglamentaria efectuada por el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía.

2. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) De conformidad con la citada norma, en la fase inicial de elaboración, el Anteproyecto debe venir acompañado de documentación de naturaleza diversa, pues junto a la propuesta dirigida al Consejero por el órgano directivo de su Departamento competente por razón de la materia, que constituye la verdadera iniciación del procedimiento de elaboración reglamentaria, también debe redactarse una memoria de oportunidad.

En el expediente consta un “informe-propuesta” que no es suficiente para poder considerar cumplimentados ambos trámites. En primer lugar no es propiamente una propuesta, a pesar de la calificación que expresamente consta en el título del documento, toda vez que de su lectura no se desprende que se proponga nada ni a quién se propone.

Como memoria de oportunidad, por su parte, carece del contenido prescrito por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, para considerar que cumple la finalidad a la que se destina. En efecto, de acuerdo con el referido precepto, la memoria justificativa de la oportunidad de la disposición debe incluir la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, lo que no hace, pues la justificación que contiene el documento es absolutamente genérica, sin que alumbre acerca de las razones que aconsejan la adopción de las específicas medidas normativas contenidas en el Proyecto.

b) El denominado “estudio económico” se limita a efectuar una declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico, y ya advierte el propio Servicio Jurídico de la Consejería al reproducir parte de nuestra doctrina al respecto, el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un mayor gasto derivado de la implantación y financiación de nuevos servicios. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

Por ello, no comparte el Consejo Jurídico la interpretación que el Servicio Jurídico de la Consejería efectúa del segundo párrafo del artículo 53.1 de la Ley 6/2004, en el sentido

de indicar que cuando la futura norma no conlleve la creación o implantación de nuevos servicios, el estudio económico puede limitarse a efectuar una mera declaración de ausencia de gasto. Y es que, como decíamos en el Dictamen 144/2005, aunque el precepto conmina expresamente a incluir en el estudio económico el coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere, ello no supone que todo el análisis económico que ha de contener el estudio exigido por la norma deba quedar limitado a tan concreto extremo.

c) Carece el expediente de la preceptiva relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma, si bien las disposiciones transitoria y derogatoria del Proyecto ilustran acerca de los efectos que la inserción del Decreto en el ordenamiento tendrá sobre otras normas hoy vigentes.

d) Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto, si bien cabe entenderla formulada desde el momento en que es él quien solicita la emisión de este Dictamen.

e) No se ha incorporado al expediente el extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

f) Por Orden de 9 de enero de 2002, de la Consejería de Educación y Universidades, se regula el procedimiento para la elaboración de las propuestas curriculares para las etapas educativas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato de la Región de Murcia. Según su parte expositiva, para la elaboración del currículo de las diferentes etapas, la entonces Consejería de Educación y Universidades articula un plan de actuación en el que se atribuye al profesorado la posibilidad de participar en el proceso de elaboración de dichas regulaciones, porque por su preparación, experiencia y conocimiento de la realidad educativa, su aportación puede ser de gran relevancia y utilidad para una mayor adecuación de los diseños curriculares a las necesidades educativas de los alumnos. La Consejería de Educación y Universidades también adquiere el compromiso de facilitar cauces de participación.

Sin embargo, ninguna mención se efectúa en el expediente a que para la elaboración del currículo se haya seguido el procedimiento establecido en la referida Orden, inspirada en un criterio participativo que la propia Consejería se comprometió a potenciar.

CUARTA.- La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas.

Tanto el Servicio Jurídico de la Consejería proponente como la Dirección de los Servicios Jurídicos, si bien con distinto alcance, han manifestado la necesidad de que cuando el Proyecto incorpore elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, su redacción se acomode literalmente a la fijada por la norma básica.

Dadas las reiteradas e, incluso, exhaustivas referencias ya contenidas en el expediente, no parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “*lex repetita*” para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

Al margen de reiterar las consideraciones efectuadas por los órganos preinformantes respecto a la conveniencia de advertir en el texto reglamentario regional cuáles de sus contenidos tienen un origen legal, o básico, y que la transcripción de las referidas normas estatales ha de hacerse de forma literal, sugerencia no asumida hasta ahora por la Dirección General promotora del Proyecto (a modo de ejemplo, en los apartados 1 a 5 del artículo 2 del Proyecto se reproducen hasta seis preceptos de la LOE, omitiendo cualquier información acerca de su origen legal), ha de prestarse especial atención a la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto y a su incidencia sobre los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Administración regional, en orden a la aprobación del currículo.

La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen los contenidos mínimos de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas, que a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regional correspondiente. En consecuencia, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo en que las enseñanzas mínimas sean completadas y desarrolladas por la Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de prescripciones no previstas en aquéllas, es decir, ampliando los contenidos, objetivos o finalidades de cada enseñanza, aunque siempre con el límite de su compatibilidad material y complementariedad respecto a los establecidos por las enseñanzas mínimas.

Ahora bien, dado que deben formar parte, necesariamente, de los currículos, lo que no puede admitirse es la omisión en éstos de algún elemento de dichas enseñanzas mínimas. Y esto es lo que ocurre en el Proyecto sometido a consulta, cuyo artículo 4 no incluye entre los objetivos de la etapa los establecidos por el artículo 3, letras c) y j) RD 1513/2006, que, a su vez, reproduce los consignados con las mismas letras en el artículo 17 LOE. Procede, en consecuencia, incorporar tales previsiones al artículo 4 del Proyecto.

Del mismo modo, el mandato legal básico de que las enseñanzas mínimas formen parte de los currículos, refuerza la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada. Y es que so pretexto de aclarar la norma básica (informes de la Dirección General de Ordenación Académica valorativos de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería y por la Dirección de los Servicios Jurídicos) no cabe alterar su redacción, cuando al hacerlo se pierden o se introducen matices o giros de relevancia sustantiva o material y no meramente nominal o de estilo, pues se modifica el contenido básico mismo, determinando el incumplimiento de la obligación legal de integrar las enseñanzas mínimas en el currículo.

Así ocurre en los siguientes preceptos del Proyecto:

– Artículo 3.1.- Al establecer la finalidad de la etapa, se reproduce el artículo 2 RD 1513/2006, si bien se omite la alusión al propio bienestar de los alumnos y se sustituye la referencia a las *habilidades culturales básicas* relativas a la expresión y comprensión oral, a la lectura, etc. por la expresión “*habilidades y conocimientos*” relativos a dichos campos.

– Artículo 4, letra j).- Señala como objetivo de la etapa el de “iniciarse en las tecnologías de la información y la comunicación...” cuando las enseñanzas mínimas (artículo 3, letra i) RD 1513/2006) establecen el de “iniciarse *en la utilización, para el aprendizaje*, de las tecnologías de la información y la comunicación...”.

– Artículo 4, letra k).- Frente al objetivo establecido por el artículo 3, letra k) RD 1513/2006, de “aceptar el propio cuerpo y el de los otros, respetar las diferencias”, el Proyecto alude a “*conocer y respetar el cuerpo humano*”.

– Artículo 4, letra n).- Dispone que será objetivo de la Educación Primaria “desarrollar todos los ámbitos de la personalidad, así como una actitud contraria a la violencia y a los prejuicios de cualquier tipo”; sin embargo, el artículo 3, letra m) de las enseñanzas mínimas señala como tal objetivo el de “desarrollar *sus capacidades afectivas* en todos los ámbitos de la personalidad, así como una actitud contraria a la violencia y a los prejuicios de cualquier tipo *y a los estereotipos sexistas*”.

– Artículo 4, letra o).- Al definir el objetivo relativo a la seguridad vial, sustituye la referencia básica al fomento de las “*actitudes de respeto*” (artículo 3, letra n) RD 1513/2006), por “*el respeto a las normas*”.

– Artículo 6.6.- Al establecer las áreas de conocimiento que se cursarán en la etapa, reproduce el artículo 4.5 RD 1513/2006, omitiendo su primer inciso, en el que prevé el tratamiento específico en alguna de las áreas de la etapa de las habilidades (comprensión lectora, expresión oral y escrita, etc.) a que se refiere el precepto.

Debe, en consecuencia, adecuarse la redacción de tales preceptos a la norma básica.

Del mismo modo, y en aplicación del criterio expresado en relación a los referidos preceptos, deben corregirse las omisiones y alteraciones que en la incorporación de las enseñanzas mínimas se producen en el anexo I del Proyecto, que, de conformidad con el artículo 7, constituye el currículo de cada área de conocimiento.

QUINTA.- Observaciones al texto.

1. Parte expositiva.

– El Proyecto sometido a consulta lo es de Decreto. No es correcto, en consecuencia, que el párrafo décimo de la parte expositiva aluda a “*esta* Consejería competente en materia de Educación”, pues aunque corresponde a su titular elevar la propuesta normativa al Gobierno, será éste quien lo apruebe en ejercicio de sus potestades estatutarias, convirtiendo la mera propuesta en verdadera norma.

– La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

– La denominación del Consejo Jurídico que consta en la fórmula promulgatoria debe adecuarse a la legal: “Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.

2. Parte dispositiva.

– Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

a) El artículo debería comenzar indicando que el objeto del Decreto es el establecimiento del currículo de la Educación Primaria.

b) Precisamente por ello, su contenido no se limita al desarrollo del artículo 5 RD 1513/2006, como afirma el apartado 1, sino al de todo el Real Decreto de enseñanzas mínimas, en la medida en que éstas constituyen los elementos básicos del currículo y no sólo el precepto indicado.

– Artículo 6. Áreas de conocimiento.

El apartado 3 prevé la impartición, en el quinto curso, del área “Educación para la ciudadanía y los derechos humanos”, indicando que en ella se prestará especial atención a la “igualdad *de derechos y deberes* entre hombres y mujeres”.

El artículo 18.3 LOE, del que trae origen el precepto regional, prevé que en dicha área se prestará especial atención a la “igualdad entre hombres y mujeres”.

Considera el Consejo Jurídico que la dicción del Proyecto debería ajustarse literalmente al precepto básico, no sólo por las razones expuestas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, sino también porque la igualdad entre hombres y mujeres puede ser considerada como un concepto más amplio que la igualdad de derechos y deberes.

El desarrollo legal del principio constitucional de igualdad ya ilustra acerca de dicha diferencia cuando la Ley Orgánica 3/2007, de 21 de marzo, para la igualdad efectiva entre

mujeres y hombres (LOI), dispone en su artículo 1 que las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes.

Para la doctrina constitucionalista, junto a una igualdad formal en la Ley (*los españoles son iguales ante la Ley*, reza el artículo 14 CE), traducida en un tratamiento igualitario en el reconocimiento de consecuencias o situaciones jurídicas (derechos y deberes) que el ordenamiento otorga a ambos géneros *-sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) sexo*, continúa el precepto constitucional-, cabe considerar la existencia de una igualdad sustancial que, más allá de esa plasmación formal en la Ley, atiende al fundamento mismo del principio igualitario, a la dignidad de la persona. Partiendo de esta última idea y atendiendo a la concepción del Estado como social y democrático de Derecho, la propia Constitución Española impone a los poderes públicos el mandato de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (artículo 9.2). Este último precepto ejerce una importante función hermenéutica, en la medida en que obliga a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del principio igualitario.

En íntima relación con esta concepción sustancial de la igualdad, y formando parte de ella, se encontrarían principios como los de igualdad de trato e igualdad de oportunidades que, en la construcción normativa y jurisprudencial realizada a partir de ellos, pueden ilustrar bien la indicada doble concepción formal-sustancial de la igualdad.

En el ámbito del Derecho comunitario, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 14 prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Esta distinción es asumida por la LOI, cuyo artículo 6.1 considera discriminación directa por razón de sexo *“la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”*; en tanto que es discriminación indirecta por razón de sexo *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”* (artículo 6.2).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC 240/1999, de 20 de diciembre, recuerda y resume esta doctrina, señalando que *“este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995).*

Adviértase cómo la discriminación directa podría identificarse con una vulneración de la igualdad formal, en la medida en que supondría el no reconocimiento de determinados

derechos (dimensión de la igualdad formal ante la Ley) o bien el desconocimiento de los ya reconocidos por el ordenamiento (igualdad formal en la aplicación de la Ley). Por el contrario, la indirecta respetaría formalmente tales derechos, pues la disposición, criterio o práctica en cuestión serían aparentemente neutros, pero no la efectividad material de los mismos, dado que de hecho y como consecuencia de meras condiciones fácticas, que no jurídicas, generaría una situación de desventaja de género.

La propia Exposición de Motivos de la LOI constata cómo *“el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la Ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente”*, por lo que la igualdad plena y efectiva entre hombres y mujeres es aún hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos, exigiendo una *“acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”*.

En esa línea, continúa la referida Exposición de Motivos, *“la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también pautas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa”*. Adelanta así contenidos del articulado de la LOI, que impone los siguientes mandatos y criterios de actuación a las Administraciones Educativas: incluir entre los fines del sistema educativo la educación *“en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres”* (artículo 23.1); la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres (artículo 24.1); la atención especial en los currículos y en todas las etapas educativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres (artículo 24.2, letra a); o la eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres (artículo 24.2, letra b).

En la misma línea, la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia no restringe el principio constitucional de igualdad a la equiparación de derechos y obligaciones para ambos sexos, sino que asume una concepción integral del mismo, como puede apreciarse fácilmente de la lectura de sus artículos 30 y 31, relativos a la política educativa regional.

En definitiva, la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres a que alude el artículo 6.3 del Proyecto no sería absolutamente equiparable al concepto de igualdad entre ambos géneros, a que se refieren la LOI, el artículo 18 LOE y la Ley 7/2007, pues mientras la recogida en el Proyecto aludiría a la concepción formal del principio, la segunda integraría dicha dimensión formal más la igualdad sustancial.

Debe, por tanto, adecuarse la redacción del artículo 6.3 del Proyecto a la norma básica.

– Artículo 8. Evaluación de los aprendizajes.

a) El apartado 2 debe incorporar a su contenido la previsión del artículo 9.2 del Real Decreto de enseñanzas mínimas, es decir, que la evaluación se efectuará *“teniendo en cuenta los diferentes elementos del currículo”*.

b) Según el apartado 4, la Consejería competente en materia de Educación concretará los documentos correspondientes al proceso de evaluación de los alumnos.

Debería incluirse una salvaguardia de la competencia del Ministerio del ramo para establecer los elementos básicos de tales documentos, que le asigna el artículo 12.1 RD 1513/2006.

– Artículo 9. Promoción.

El apartado 3 dispone que los alumnos con evaluación negativa *en alguna de las áreas* podrán acceder al ciclo siguiente, siempre que los aprendizajes no alcanzados no les impidan seguir con aprovechamiento el nuevo ciclo.

Al referir la evaluación negativa a alguna (en singular) de las áreas, podría llegar a interpretarse que sólo cabe promocionar con evaluación negativa en un área, pero no en más de una, lo que supondría una restricción no prevista por la norma básica, que únicamente condiciona la promoción a que los aprendizajes no adquiridos no impidan seguir con aprovechamiento el nuevo ciclo.

A ello se une la previsión del apartado 5, según el cual la permanencia en el ciclo por un año más, como consecuencia de la decisión de no promocionar a un alumno, sólo se puede adoptar una vez durante toda la Educación Primaria, lo que parece aconsejar dejar un mayor margen de apreciación en el equipo docente a la hora de decidir sobre la promoción de los alumnos, objetivo que se conseguiría reproduciendo la redacción del segundo inciso del artículo 10.2 RD 1513/2006.

3. Parte final.

– Disposición Adicional segunda. Enseñanza de la religión.

Debe completarse la remisión a la LOE efectuada en el apartado 1, con la normativa básica reguladora de las enseñanzas de religión en la Educación Primaria, que no es otra que el propio Real Decreto de enseñanzas mínimas.

De hecho, los apartados 2 y 3 del precepto objeto de consideración reproducen parte del contenido de la Disposición Adicional primera RD 1513/2006, por lo que, bien se efectúa la remisión indicada, bien se incorpora el contenido básico omitido al reglamento regional.

– Disposiciones Transitoria y Derogatoria.

a) El Proyecto utiliza ambas disposiciones para regular la progresiva aplicación del nuevo currículo, por ciclos, en los tres próximos años académicos, estableciendo el calendario de implantación en la Disposición Transitoria, y la derogación progresiva del currículo hoy vigente (Decreto 111/2002, de 13 de septiembre) en la Disposición Derogatoria.

Esta técnica, sin embargo, no es la más correcta a la luz de las Directrices de Técnica Normativa. De conformidad con éstas, el contenido transitorio prevalece sobre todos los demás, incluido, por tanto, el derogatorio (Directriz 36), siendo la finalidad de las disposiciones transitorias facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, para lo cual pueden declarar la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua, para regular situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor de la nueva disposición (Directriz 40).

Las disposiciones derogatorias, por su parte, contendrán únicamente las cláusulas de derogación del Derecho vigente, debiendo ser precisas y expresas, por lo que deberán

indicar tanto las normas o partes de ellas que se derogan, como las que se mantienen en vigor (Directriz 41).

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que la técnica adecuada sería trasladar el contenido transitorio de la Disposición Derogatoria (su apartado 1) a la Disposición Transitoria, procediendo en aquélla a la derogación del Decreto regulador del currículo vigente, si bien precisando que ello se hará de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria. Tal es la técnica utilizada por el RD 1513/2006.

b) El calendario de implantación del nuevo currículo es el establecido por el artículo 5.1 del Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, norma básica que fija el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la LOE. Por ello, la Disposición Transitoria debería iniciarse con la indicación de su conformidad al referido calendario.

– La reorganización de la Administración regional operada por Decreto del Presidente 24/2007, de 2 de julio, atribuye una nueva denominación a la Consejería competente en materia de Educación, lo que obliga a modificar el pie de firma del refrendo del futuro Decreto.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las siguientes consideraciones:

a) Las relativas a la reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas, en los términos indicados en la Consideración Cuarta de este Dictamen y que afectan a los artículos 3, 4 y 6 del Proyecto y al Anexo I.

b) En los términos indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen, las relativas a:

– La concepción de la igualdad entre mujeres y hombres, que afecta a la redacción del artículo 6.3.

– Los criterios de evaluación del artículo 8.2.

– La Disposición Adicional segunda del Proyecto.

CUARTA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 108/07.- Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 27/08/07

Extracto de Doctrina

No parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “lex repetita” para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada se elabora por la Dirección General de Ordenación Académica un borrador de Proyecto de Decreto, por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de abril de 2007, se incorporan al expediente los siguientes documentos:

a) Informe-propuesta que expone el marco competencial en que se inserta, la justificación de la necesidad y oportunidad del texto, una síntesis de su contenido y los trámites a seguir en su elaboración.

b) Estudio económico que se limita a efectuar una declaración de ausencia de incremento de gasto.

c) Informe sobre el impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razones de género, físicas, culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

TERCERO.- El borrador es sometido a informe del Servicio Jurídico de la Consejería, que es emitido el 18 de abril de 2007, efectuando diversas observaciones que, en parte, son incorporadas al texto, dando lugar a un segundo borrador.

El informe alcanza las siguientes conclusiones: a) debe incorporarse al expediente un estudio económico que no se limite a efectuar una mera declaración de carencia de gasto; b) el contenido del Proyecto es respetuoso en líneas generales con la normativa básica estatal en la materia, aunque debería reproducir literalmente los preceptos de aquella que se incorporan al Proyecto; y c) el Proyecto ha de someterse a los informes preceptivos del Consejo Escolar de la Región de Murcia, de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico.

CUARTO.- Solicitado Dictamen al Consejo Escolar de la Región de Murcia, es emitido el 14 de junio de 2007 en sentido favorable al Proyecto, en la medida en que respeta la normativa básica estatal, si bien formula diversas observaciones y sugerencias de cambio de redacción que sólo parcialmente serán incorporadas al texto, elaborando un tercer borrador.

El Dictamen cuenta con los votos particulares de dos vocales, quienes formulan diversas enmiendas al texto, que se incorporan al expediente.

QUINTO.- Las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería y por el Órgano Consultivo son objeto de valoración en sendos informes de la Dirección General de Ordenación Académica, de fecha 4 de mayo y 19 de junio de 2007, que explicitan las razones que mueven a su aceptación o rechazo.

SEXTO.- El 19 de junio se incorpora al expediente el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente, que es favorable al Proyecto. Indica, asimismo, la preceptividad del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del presente Dictamen.

SÉPTIMO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe favorable al texto, si bien formula diversas observaciones de corte procedimental y sustantivo. Entre estas últimas reproduce aquellas que ya fueron puestas de manifiesto por el Servicio Jurídico de la Consejería y que, sin embargo, no fueron atendidas, relativas a la necesaria transcripción literal de las normas básicas incorporadas al Proyecto y a la ausencia de potestad reglamentaria del Consejero para fijar el horario que corresponde a cada área o materia o para efectuar un desarrollo normativo del futuro Decreto.

OCTAVO.- El 6 de julio, la Dirección General de Ordenación Académica valora las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, para rechazar la referida a la literalidad de la transcripción de las enseñanzas mínimas, modificando el texto en orden a corregir la advertida ausencia de potestad reglamentaria del Consejero competente en materia de Educación.

NOVENO.- Con fecha 6 de julio de 2007, el Director General de Ordenación Académica remite el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, en orden a solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia por el trámite de urgencia.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de julio de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000 y, entre otros, en nuestro Dictamen 160/2002, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o, como en el caso presente, la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado, respecto de estos reglamentos, que son todos aquellos que se convierten en complemento indispensable de la norma que

desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

El reglamento proyectado, además, se configura como instrumento regulador esencial del Sistema Educativo, en tanto que escalón necesario en el proceso de progresiva concreción de los elementos que lo configuran.

Finalmente, no es óbice para la consideración del Proyecto como reglamento ejecutivo, que éste sea un desarrollo directo no tanto de la citada Ley Orgánica como de un Real Decreto, el 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las Enseñanzas Mínimas en la Educación Secundaria Obligatoria (en adelante RD 1631/2006), dado que su carácter básico deriva no sólo de su Disposición Final primera, que así lo proclama expresamente, sino también por resultar inmanente a dicho Reglamento estatal, al ser el resultado del mandato que la LOE, en su artículo 6.2, efectúa al Gobierno para fijar los aspectos básicos del currículo, que constituirán las enseñanzas mínimas que garanticen una formación común y la validez de los títulos correspondientes.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.

1. Como ya se adelantó en la Consideración precedente, el Proyecto constituye un desarrollo directo del artículo 6.4 LOE, según el cual *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*; y del RD 1631/2006, que establece dichos aspectos básicos y que constituyen las enseñanzas mínimas de cada etapa.

La competencia de la Administración regional para fijar el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria deriva del artículo 16 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen. Igualmente, y de forma más específica, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria, en su Anexo prevé, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas,

ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

2. El Estado, por su parte, ostenta competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos (artículo 149.1.30ª CE). Ello impide a la Comunidad Autónoma establecer condiciones para la obtención del Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

El artículo 10.2 del Proyecto reproduce el contenido del artículo 15.2 RD 1631/2006, que establece las condiciones de obtención del Título, a saber, superar todas las materias de la etapa o finalizar el curso con evaluación negativa en una o dos materias, y excepcionalmente en tres, siempre que el equipo docente considere que la naturaleza y el peso de las mismas en el conjunto de las mismas no les ha impedido alcanzar las competencias básicas ni los objetivos de la etapa. Al margen de omitir el Proyecto cualquier referencia al origen básico de la norma, lo que ya de por sí podría constituir un exceso competencial determinante de su potencial inconstitucionalidad (STC 150/1998, de 2 de julio), el precepto atribuye a la Consejería de Educación una función que podría llegar a interpretarse como reguladora de las condiciones de obtención de un título académico, al disponer que la decisión del equipo docente acerca de si los alumnos con evaluación negativa pueden alcanzar el Título, se tomará *“en el marco de lo que establezca la Consejería competente en materia de Educación”*.

Para evitar tal interpretación, contraria al sistema de distribución competencial establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, dada la ausencia de competencia regional para regular cualesquiera condiciones de obtención de un título académico, debería modificarse la redacción del precepto, para limitar la atribución funcional de la Consejería a la fijación de pautas o criterios orientadores de los equipos docentes que garanticen la homogeneidad de su actuación en la toma de la decisión que el ordenamiento les atribuye.

Esta observación se hace extensiva a las previsiones de los artículos 12.2 (regulación de las condiciones de obtención del Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria por alumnos sometidos a programas de diversificación curricular) y 13.2 (condiciones de obtención del referido título en programas de cualificación profesional inicial) del Proyecto. Las condiciones de obtención del título en tales circunstancias son reguladas por el propio RD 1631/2006, en los apartados 3 y 5 del artículo 15, preceptos que, de conformidad con el marco constitucional antes expuesto, no contienen habilitación normativa alguna a las Comunidades Autónomas para la regulación de los extremos indicados.

TERCERA.- Competencia orgánica y procedimiento de elaboración del Proyecto.

1. El Consejo de Gobierno es el órgano competente para aprobar, en su caso, el presente Proyecto, en virtud de la genérica atribución de potestad reglamentaria efectuada por el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía.

2. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) De conformidad con la citada norma, en la fase inicial de elaboración, el Anteproyecto de la disposición debe venir acompañado de documentación de naturaleza diversa, pues

junto a la propuesta dirigida al Consejero por el órgano directivo de su Departamento competente por razón de la materia, que constituye la verdadera iniciación del procedimiento de elaboración reglamentaria, también debe redactarse una memoria de oportunidad.

En el expediente consta un “informe-propuesta” que no es suficiente para poder considerar cumplimentados ambos trámites. En primer lugar no es propiamente una propuesta, a pesar de la calificación que expresamente consta en el título del documento, toda vez que de su lectura no se desprende que se proponga nada ni a quién se propone.

Como memoria de oportunidad, por su parte, carece del contenido prescrito por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, para considerar que cumple la finalidad a la que se destina. En efecto, de acuerdo con el referido precepto, la memoria justificativa de la oportunidad de la disposición debe incluir la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, lo que no hace, pues la justificación que contiene el documento es absolutamente genérica, sin que alumbre acerca de las razones que aconsejan la adopción de las específicas medidas normativas contenidas en el Proyecto.

b) El denominado “estudio económico” se limita a efectuar una declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico y ya advierte el propio Servicio Jurídico de la Consejería al reproducir parte de nuestra doctrina al respecto, el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un mayor gasto derivado de la implantación y financiación de nuevos servicios. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

c) Carece el expediente de la preceptiva relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma, si bien la Disposición Derogatoria del Proyecto ilustra acerca de los efectos que la inserción del Decreto en el ordenamiento tendrá sobre otras normas hoy vigentes.

d) Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Educación, Ciencia e Innovación al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto, si bien cabe entenderla formulada desde el momento en que es él quien solicita la emisión de este Dictamen.

e) No se ha incorporado al expediente el extracto de secretaría exigido por el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

f) Por Orden de 9 de enero de 2002, de la Consejería de Educación y Universidades, se regula el procedimiento para la elaboración de las propuestas curriculares para las etapas educativas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato de la Región de Murcia. Según su parte expositiva, para la elaboración del currículo de las diferentes etapas, la Consejería de Educación y Universidades articula un plan de actuación en el que se atribuye al profesorado la posibilidad de participar en el

proceso de elaboración, porque por preparación, experiencia y conocimiento de la realidad educativa, su aportación puede ser de gran relevancia y utilidad para una mayor adecuación de los diseños curriculares a las necesidades educativas de los alumnos. La Consejería de Educación y Universidades también adquiere el compromiso de facilitar cauces de participación.

Sin embargo, ninguna mención se efectúa en el expediente a que para la elaboración del currículo se haya seguido el procedimiento establecido en la referida Orden, inspirada en un criterio participativo que la propia Consejería se comprometió a potenciar.

CUARTA.- La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas.

Tanto el Servicio Jurídico de la Consejería proponente como la Dirección de los Servicios Jurídicos, si bien con distinto alcance, han manifestado la necesidad de que cuando el Proyecto incorpore elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, su redacción se acomode literalmente a la fijada por la norma básica.

Dadas las reiteradas e, incluso, exhaustivas referencias ya contenidas en el expediente, no parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “*lex repetita*” para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

Al margen de reiterar las consideraciones ya efectuadas por los órganos preinformantes, respecto a la conveniencia de advertir en el texto reglamentario regional cuáles de sus contenidos tienen un origen legal o básico, y que la transcripción de las referidas normas estatales ha de hacerse de forma literal, sugerencia no asumida hasta ahora por la Dirección General promotora del Proyecto (a modo de ejemplo, los apartados 2, 4 y 6 del artículo 2 del Proyecto reproducen preceptos básicos -LOE y RD 1631/2006-, omitiendo cualquier información acerca de su origen estatal), ha de prestarse especial atención a la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto y a la incidencia de aquélla sobre los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Administración regional, en orden a la aprobación del currículo.

La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “*conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas*” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales

elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas, que a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regional correspondiente. En consecuencia, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo en que las enseñanzas mínimas sean completadas y desarrolladas por la Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de prescripciones no previstas en aquéllas, es decir, ampliando los contenidos, objetivos o finalidades de cada enseñanza, aunque siempre con el límite de su compatibilidad material y complementariedad respecto a los establecidos por las enseñanzas mínimas.

Ahora bien, dado que deben formar parte, necesariamente, de los currículos, lo que no puede admitirse es la omisión en éstos de algún elemento de dichas enseñanzas mínimas. Y esto es lo que ocurre en el Proyecto sometido a consulta, en los siguientes preceptos:

– El artículo 4 del Proyecto establece los objetivos de la etapa. Deudor del 3 RD 1631/2006, sin embargo, omite uno de los fijados con carácter básico por el artículo 3 del reglamento estatal, el consignado con la letra d), cuyo contenido no se ha incorporado al futuro reglamento regional.

– Asimismo, se producen omisiones significativas al integrar las normas básicas sobre criterios de evaluación de la etapa, las cuales como se ha dicho forman parte de las enseñanzas mínimas (artículo 6.1 LOE), debiendo en consecuencia ser incorporadas al currículo. Así, en el artículo 9 del Proyecto, deben incluirse los apartados 2, 3 y 5 del artículo 10 RD 1631/2006.

Del mismo modo, el mandato legal básico de que las enseñanzas mínimas formen parte de los currículos, refuerza la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada. Y es que so pretexto de aclarar la norma básica (informes de la Dirección General de Ordenación Académica valorativos de las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería y por la Dirección de los Servicios Jurídicos) no cabe alterar su redacción, cuando al hacerlo se pierden o se introducen matices o giros de relevancia sustantiva o material y no meramente nominal o de estilo, pues al actuar así se modifica el

contenido básico mismo, determinando el incumplimiento de la obligación legal de integrar las enseñanzas mínimas en el currículo.

Así ocurre en los siguientes preceptos del Proyecto:

– Artículo 4, letra a), que reproduce el 3, letra a) RD 1631/2006, suprime no sólo el adverbio “*responsablemente*” que acompaña en la redacción de la norma básica al verbo “*asumir*”, sino también el inciso final “*prepararse para el ejercicio de la ciudadanía democrática*”.

– Artículo 4, letra d). Señala como objetivo de la etapa el de “valorar y respetar, como un principio esencial de nuestra civilización, la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas, con independencia de su sexo, rechazando cualquier tipo de discriminación”. Las enseñanzas mínimas, sin embargo, establecen como objetivo el de “valorar y respetar *la diferencia de sexos* y la igualdad...Rechazar *los estereotipos que supongan discriminación entre hombres y mujeres*” (artículo 3, letra c) RD 1631/2006).

– Artículo 4, letra m). Al trasladar el contenido del artículo 3, letra k RD 1631/2006, suprime el inciso “*conocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad*”.

Debe, en consecuencia, adecuarse la redacción de tales preceptos a la norma básica.

Del mismo modo, y en aplicación del criterio expresado, deben corregirse las omisiones y alteraciones que en la incorporación de las enseñanzas mínimas se producen en el Anexo I del Proyecto, que, de conformidad con el artículo 8, constituye el currículo de cada área de conocimiento.

QUINTA.- De las potestades reglamentarias del Consejero.

1. A lo largo del articulado es posible descubrir numerosas remisiones a la actividad reguladora de la Consejería competente en materia de Educación, la mayor parte de las cuales responden a remisiones efectuadas por el reglamento estatal a las administraciones educativas.

Si bien el término Administración educativa, referido a la Comunidad Autónoma, puede identificarse de ordinario con el Departamento competente en materia de Educación, dicha identidad no puede formularse en términos absolutos, cuando interfieren las normas regionales reguladoras de la potestad reglamentaria. Y ello porque los límites que el ordenamiento regional establece para su ejercicio obligan en ocasiones a considerar como tal Administración educativa, a efectos de producción normativa, al Consejo de Gobierno.

Así ocurre en preceptos como los respectivos apartados 5, de los artículos 6 y 7 del Proyecto, que atribuyen a la Consejería competente en materia de Educación la potestad de ordenar la oferta de materias optativas, regular las condiciones para su elección por parte de los alumnos y el currículo de las mismas.

El Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de establecer doctrina (por todos, Dictamen 65/2005) acerca de los estrechos límites con que la regulación autonómica enmarca la potestad reglamentaria de los Consejeros. Comoquiera que dicha doctrina es suficientemente conocida por la Consejería proponente (el expediente la recoge en los informes del Servicio Jurídico y de la Dirección de los Servicios Jurídicos), no parece necesario reiterarla aquí. Baste recordar que el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los

Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que su artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”.

Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros, y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. La ley regional limita ampliamente dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “*ad extra*”, para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.

Respecto de las relaciones de sujeción especial, y aunque la Exposición de Motivos de la Ley regional alude expresamente como modelo inspirador a la normativa estatal que aboga por una interpretación estricta del artículo 97 de la Constitución, la redacción del artículo 52.1 únicamente podría amparar la regulación de aquéllas por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de relación de sujeción especial, es decir la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía, y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración. Sólo así es posible reconducir la regulación de las relaciones de sujeción especial al ámbito estrictamente organizativo interno de cada Consejería, al que la Ley 6/2004 limita la habilitación reglamentaria del titular de aquélla.

Considera el Consejo Jurídico que las determinaciones a que se refieren los respectivos apartados 5 de los artículos 6 y 7 del Proyecto no se limitan a este ámbito puramente organizativo, toda vez que inciden directamente en el diseño de contenidos de la etapa, pues junto a las materias de obligada impartición, dispone el RD 1631/2006, que los alumnos podrán cursar “alguna” (artículo 4.6) o “una o más” (artículo 5.6) materias optativas, llegando a establecer el primero de los preceptos básicos citados que dos materias —segunda lengua extranjera y cultura clásica— constituirán la oferta mínima en este ámbito de optatividad para los alumnos de los tres primeros cursos de la ESO.

La regulación de las optativas afecta de forma sustancial al contenido de la etapa, pues la oferta de unas materias u otras, su currículo y las posibilidades que los alumnos tengan de cursarlas o no serán determinantes de la formación que puedan obtener durante el desarrollo de la etapa, sin que conste en el expediente justificación alguna que aconseje la regulación de tales extremos por Orden departamental, excluyendo tales contenidos del Proyecto sometido a consulta, el cual, sistemáticamente, cabe considerar como la ubicación más adecuada para ellos. Por tanto, procede concluir que, aun encontrándonos en el ámbito de una clásica relación especial de sujeción como la que une a los alumnos con la Administración educativa, en aplicación del criterio más arriba expresado, no se advierten motivaciones de eficacia y de garantía del adecuado funcionamiento de la Administración que justifiquen la regulación de la oferta de materias optativas por Orden departamental.

En consecuencia, bien se incorpora al Proyecto sometido a consulta dicha regulación, bien se eliminan las remisiones a la actividad normativa de la Consejería.

2. Recogiendo una previsión contenida en el artículo 4.6 RD 1631/2006, el último inciso del artículo 6.5 del Proyecto prevé que la Consejería proponente podrá incluir, entre las materias de obligada impartición durante los tres primeros cursos de la ESO que contempla el artículo 6.1 del Proyecto, una segunda lengua extranjera. De facto, dicha inclusión supondría una modificación del precepto del futuro Decreto, quedando vedada al Consejero en aplicación de un elemental principio de jerarquía normativa. Por ello, bien se produce la referida inclusión en el propio Proyecto, bien se elimina dicha previsión.

SEXTA.- Observaciones al texto.

1. Parte expositiva.

a) La Exposición de Motivos del Proyecto tiene un elevado contenido dogmático que, en determinados pasajes, resulta impropio de una norma jurídica y contrario a una correcta técnica normativa.

Las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y aplicables en el ámbito regional en defecto de norma propia, establecen que en la parte expositiva de las normas se evitarán las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas (Directriz 12). Recogen así las posiciones doctrinales clásicas en cuya virtud la Ley manda, no enseña (“*lex iubeat, non doceat*”), por lo que deben excluirse de la parte expositiva de las normas cualesquiera descripciones o exposiciones que tengan un afán o propósito didáctico. Del mismo modo, deben evitarse expresiones laudatorias o de alabanza (“*lex iubeat, non laudat*”) o, en palabras de la doctrina más tradicional, “*las leyes requieren una expresión libre de emoción, exenta de sentimiento, fría como las matemáticas*”, debiendo evitar el legislador recursos retóricos que pretendan conmovir a los destinatarios o inflamar sus ánimos.

– La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa).

– La denominación del Consejo Jurídico que consta en la fórmula promulgatoria debe adecuarse a la legal: “Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.

2. Al articulado.

– Artículo 2. Principios generales.

La redacción del apartado 3 deja sin efecto la flexibilidad en la edad de acceso a la etapa que establece el apartado 2 del mismo artículo y que reproduce el artículo 1.1 RD 1631/2006. En efecto, mientras que estos últimos preceptos disponen que la etapa se cursará “ordinariamente” entre los 12 y los 16 años de edad, el artículo 2.3 del Proyecto establece que el acceso a la etapa se producirá en el año natural en que el alumno cumpla 12 años.

Con esta redacción, que no prevé excepción o matiz alguno, no parece posible que un alumno pueda comenzar primero de ESO antes del año natural en que cumpla los 12. Sin embargo, por Orden de 24 de marzo de 1996, del Ministerio de Educación y Ciencia, se regulan las condiciones y el procedimiento para flexibilizar, con carácter excepcional, la duración del período de escolarización obligatoria de los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual. Comoquiera

que esta norma establece la posibilidad de reducir en un año la permanencia de los alumnos intelectualmente superdotados en la Educación Primaria, lo que conlleva la posibilidad de anticipar su incorporación a la etapa siguiente, ésta podría producirse antes de que el alumno cumpliera los 12 años. Sin embargo, de mantenerse la redacción propuesta para el artículo 2.3 del Proyecto, dicha posibilidad quedaría vedada en el ámbito regional.

Procede en consecuencia suprimir el apartado 3 o bien matizarlo, siguiendo el modelo de los apartados 2 ó 4.

– Artículo 9. Evaluación y promoción.

El apartado 6 reproduce el artículo 28.5 LOE, aunque altera su redacción, dejando a la Consejería proponente la determinación de los programas de refuerzo a aplicar a los alumnos que promocionen sin haber superado todas las materias, soslayando así al equipo docente, al que el precepto básico atribuye su establecimiento.

Debe adecuarse la redacción de la norma regional a la Ley básica que desarrolla.

– Artículo 10. Título de Graduado en Educación Secundaria.

Su ubicación sistemática más adecuada sería tras el artículo 13, pues las medidas contempladas en los artículos 11, 12 y 13, también se dirigen a la consecución del referido Título.

– Artículo 11. Atención a la diversidad.

La escasa presencia en el Proyecto de la atención a la diversidad, ignorando la invocación que efectúa el artículo 12.2 del Real Decreto de enseñanzas mínimas a la actuación normativa de las administraciones educativas, contrasta abiertamente no sólo con dicha norma básica, sino también con la regulación establecida por otras administraciones autonómicas, que prestan una especial atención a dichos extremos, de forma coherente con su calificación básica como principio general de la etapa (artículo 22.4 LOE).

Considera el Consejo Jurídico que la escueta regulación contenida en el artículo 11 del Proyecto, cuyo apartado 2 incluso resulta redundante respecto del artículo 2.5 de aquél, debería ser al menos completada con una remisión a lo establecido en el artículo 12 RD 1631/2006.

Y todo ello sin perjuicio de advertir que un recto entendimiento de la llamada efectuada por la norma básica a la actuación de las administraciones educativas en el ámbito de la atención a la diversidad exigiría una regulación *in extenso* que constituyera un verdadero desarrollo de aquélla, correspondiendo al Consejo de Gobierno la competencia orgánica para hacerlo, atendidas las limitaciones que constriñen la potestad reglamentaria de los Consejeros y que han sido puestas de manifiesto en la Consideración Quinta de este Dictamen.

– Artículo 13. Programas de cualificación profesional inicial.

El apartado 2 debe modificar su redacción en orden a incorporar el objetivo que el artículo 30.2 LOE establece para los referidos programas, es decir, que todos los alumnos alcancen competencias profesionales propias de una cualificación de nivel uno de la estructura actual del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, que tengan la posibilidad de una inserción sociolaboral satisfactoria y que amplíen sus competencias básicas para proseguir estudios en las diferentes enseñanzas.

Con la dicción actual, no sólo se omiten los dos últimos objetivos, sino que se dota de una redacción confusa al primero de ellos.

3. Parte final.

– Disposición Adicional segunda. Enseñanza de la religión.

Debe completarse la remisión a la LOE efectuada en el apartado 1, con la normativa básica reguladora de las enseñanzas de religión en la Educación Secundaria, que no es otra que el propio Real Decreto de enseñanzas mínimas.

De hecho, los apartados 2 y 3 del precepto objeto de consideración reproducen parte del contenido de la Disposición Adicional segunda RD 1631/2006, por lo que, bien se efectúa la remisión indicada, bien se incorpora el contenido básico omitido al reglamento regional.

El apartado 2 dispone que la Consejería garantizará que al principio de la etapa los padres o tutores de los alumnos puedan manifestar la voluntad de que éstos reciban o no enseñanzas de religión. La norma básica, sin embargo, incluye entre quienes pueden tomar dicha decisión, a los propios alumnos mayores de edad, lo que debería reflejarse también en el futuro Decreto regional, evitando una injustificada restricción en la capacidad de obrar de aquéllos.

– Disposición transitoria. Calendario de implantación.

El calendario de implantación del nuevo currículo es el establecido por el artículo 8 del Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, norma básica que fija el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la LOE. Por ello, la Disposición Transitoria debería iniciarse con la indicación de su conformidad al referido calendario.

– Disposición derogatoria. Derogación normativa.

De conformidad con las Directrices de Técnica Normativa (Directriz 41), las disposiciones derogatorias contendrán únicamente las cláusulas de derogación del Derecho vigente, debiendo ser precisas y expresas, por lo que deberán indicar tanto las normas o partes de ellas que se derogan, como las que se mantienen en vigor. En consecuencia, la disposición objeto de consideración debe limitarse a efectuar la derogación del Decreto 112/2002, sin mencionar expresamente los programas de garantía social, en la medida en que su regulación se contiene en el referido Decreto (artículo 16) que es derogado en su integridad.

Debe, pues, suprimirse el último inciso de la disposición derogatoria.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

Carece, no obstante, de competencia para establecer condiciones para la obtención del Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, por lo que debería modificarse la redacción de los artículos 10.2, 12.2 y 13.2 del Proyecto, en el sentido indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las siguientes consideraciones:

a) Las relativas a la reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas, en los términos indicados en la Consideración Cuarta de este Dictamen y que afectan a los artículos 4 y 9 del Proyecto y al anexo I.

b) Las efectuadas acerca de la potestad reglamentaria del Consejero competente en materia de Educación y que afectan a los artículos 6.5 y 7.5 del Proyecto, de conformidad con la Consideración Quinta de este Dictamen.

c) La que afecta a la capacidad de obrar de los alumnos mayores de edad a la hora de decidir si desean cursar la materia de religión, y que afecta a la Disposición Adicional segunda del Proyecto, conforme a lo indicado en la Consideración Sexta del presente Dictamen.

CUARTA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 109/07.- Proyecto de Orden por la que se aprueban los precios públicos a aplicar en la Residencia Juvenil adscrita al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Presidencia

Fecha: 27/08/07

Extracto de Doctrina

La STS, Sala 3ª, de 6 de marzo de 2006, recuerda que “tras la Constitución, art. 105 a) CE, el trámite de audiencia está consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley.

Constituye por tanto un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto no solo que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda, sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto (SSTS 13 de noviembre de 2000 y 15 de julio de 2003.

Justamente tal obligatoriedad en el trámite de audiencia conlleva que su incumplimiento acarree la nulidad de la disposición en cuestión”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de marzo de 2007 la Directora del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia (IJ) remitió un informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar, mediante Orden de la Consejería de Presidencia (entonces competente en materia de juventud), los precios públicos que habrían de aplicarse a las estancias de los jóvenes en la Residencia Juvenil construida por la Administración regional y adscrita a dicho Instituto. Acompañaba a su informe un primer borrador de Orden, un informe sobre su impacto por razón de género y una memoria económico-financiera justificativa de los precios que se establecían en dicho borrador, elaborada por el Servicio Económico-Administrativo del Instituto.

SEGUNDO.- Remitido el expediente a la Consejería de Hacienda para recabar el informe preceptivo a que se refiere el artículo 21.1 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley regional de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales (TRLT), el 19 de abril de 2007 la Jefe del Servicio Jurídico-Tributario, con el visto bueno del Director General de Tributos, emite informe favorable al borrador de Orden, considerando adecuadamente justificados los precios públicos de que se trata y la regulación propuesta.

TERCERO.- Solicitado informe al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia, es emitido el 25 de mayo de 2007, en el que señala los trámites que deberían seguirse previamente a la aprobación de la Orden. En cuanto al fondo, es favorable, en lo sustancial, al texto remitido, con algunas observaciones puntuales para la mejora técnica del articulado, que fueron analizadas por el IJ en informe de 27 de junio de 2007, introduciendo algunas modificaciones al texto inicial.

CUARTO.- Obra en el expediente una certificación de 21 de junio de 2007 de la Secretaria del Consejo Asesor Regional de Consumo en la que se hace constar el informe favorable, por unanimidad, de dicho órgano consultivo al proyecto de Orden.

QUINTO.- El 28 de junio de 2007 el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe, favorable al proyecto Orden.

SEXTO.- Mediante oficio registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 3 de julio de 2007, la Secretaria General de la Consejería, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando copia del expediente, incluyendo el texto autorizado del proyecto de Orden de referencia, y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Orden que constituye un desarrollo y ejecución normativa del artículo 21.1 TRLT, en la redacción dada por el artículo 6, Dos de la Ley regional 12/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2007, concurriendo con ello el supuesto establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Contenido del Proyecto de Orden objeto de Dictamen.

El Proyecto de Orden objeto del presente Dictamen contiene una parte expositiva de los motivos de su aprobación, siete artículos y dos Disposiciones Finales. Los artículos se refieren al objeto y ámbito de aplicación de la Orden (creación de los precios públicos a aplicar por la Residencia Juvenil adscrita al IJ, art. 1), a los sujetos obligados a su pago (art. 2), cuantía de los mismos (art. 3), régimen de su devengo (art. 4), de su gestión (art. 5), de su exacción (art. 6) y el régimen de recursos (art. 7). La Disposición Final Primera faculta al Consejero de Presidencia para que dicte las correspondientes Órdenes de actualización de precios con arreglo al Índice de Precios al Consumo del año anterior. La Disposición Final Segunda establece la entrada en vigor de la norma al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia y que será de aplicación a los servicios devengados a partir del día 1 del mes siguiente.

TERCERA.- Procedimiento y competencia.

I. Tratándose de una Orden que, como se dijo en la Consideración Primera, constituye un desarrollo y ejecución de carácter normativo del TRLT, es aplicable, en primer lugar, lo establecido en el artículo 21.1 de dicha norma de rango legal, que establece que *“la creación, modificación y supresión de los precios públicos se realizará mediante Orden del Consejero competente por razón de la materia, previo informe preceptivo del Consejero competente en materia de Hacienda”*.

A la vista de las actuaciones remitidas, tal prescripción obliga a realizar dos observaciones:

1ª) Que el Consejero competente en materia de juventud (que es la competencia que fundamenta la regulación pretendida, al tratarse de precios públicos por estancias en una Residencia Juvenil, como acertadamente se ha considerado en los informes emitidos), es en estos momentos el Consejero de Cultura, Juventud y Deportes, a virtud del artículo 1 del Decreto 160/2007, de 6 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes. Ello implica que la Consejería de Presidencia, departamento que inició la tramitación del proyecto normativo y solicitante del presente Dictamen, deberá remitir a la citada Consejería el expediente original para que ésta continúe su tramitación y adopte, en su caso, las actuaciones que estime procedentes.

2ª) Que, conforme establece el citado artículo 21.1 TRLT, en la redacción dada por la ya citada Ley 12/2006, debe recabarse el informe preceptivo del titular de la Consejería de Hacienda (*“el Consejero competente en materia de Hacienda”*), y no meramente del Director General de Tributos, como se ha hecho en el expediente.

II. Además, y en lo no dispuesto en el citado artículo TRLT, es aplicable supletoriamente la regulación procedimental establecida para las disposiciones de carácter general a aprobar por el Consejo de Gobierno, establecida en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

En este punto, debe destacarse que no se ha cumplido adecuadamente con lo establecido en el apartado 3 de dicho artículo sobre el trámite de audiencia y participación pública. Este apartado, de similar tenor al del artículo 24.1, letras c) a e) de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece dicho trámite de forma imperativa (*“someterá al trámite de audiencia...”*), ofreciendo al órgano instructor dos posibilidades (debiendo motivar éste la opción elegida, según indica la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005): a) au-

diencia directa a los ciudadanos, o b) mediante el traslado del proyecto a las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. Sólo existen determinadas excepciones: que se trate de disposiciones de carácter interno, que las citadas organizaciones y asociaciones ya hayan participado en la elaboración de la norma por medio de informes o consultas, o por graves razones de interés público.

En el caso que nos ocupa, no se dio audiencia directa a los ciudadanos ni se sometió el proyecto a información pública, sometiéndose sólo a informe del Consejo Asesor Regional de Consumo, entendiéndose implícitamente el órgano instructor que con ello se posibilitaba la adecuada participación de todos los sectores a los que el proyecto podía afectar en sus intereses legítimos.

Sin embargo, si se examina la composición de dicho Consejo Asesor, regulado por Decreto 1/1995, de 20 de enero, se comprueba que en el mismo no se integra representante alguno del sector juvenil al que especialmente va dirigida la norma, que es el colectivo que tiene el específico interés legítimo en acceder a los servicios de residencia juvenil cuyo régimen de precios se regula en el proyecto. Sin perjuicio de que la consulta a las asociaciones de consumidores y organizaciones empresariales representados en el citado Consejo fue acertada, la consulta a los sectores interesados resulta claramente incompleta en lo que atañe a las organizaciones representativas del sector juvenil, a cuyo efecto la propia Comunidad Autónoma ha instituido, por Ley de su Asamblea Regional, un órgano, el Consejo de la Juventud de la Región de Murcia (CJMU) que, si ya en el artículo 24 de la Ley 8/1995, de 24 de abril, de Promoción y Participación Juvenil se configuraba como órgano interlocutor y cauce de participación de la juventud murciana, en el artículo 46.2 de la Ley 6/2007, de 4 de abril, de Juventud de la Región de Murcia, que deroga la anterior, se configura como el *“máximo órgano de representación de las asociaciones y entidades juveniles de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia e interlocutor de las mismas con la Administración pública de la Comunidad Autónoma”*. La citada STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005, da por sentado (f.j 3º, noveno párrafo) que, en caso de utilizarse la vía de las organizaciones y asociaciones representativas de intereses legítimos para dar cumplimiento al deber constitucional de participación ciudadana en la elaboración de reglamentos (art. 105, a) CE), entre las organizaciones a las que hay que dar traslado de la iniciativa normativa están *“aquellas organizaciones y asociaciones que estuvieran directa y específicamente calificadas por la Ley como asociaciones representativas del sector afectado”* (además de otras), lo que, como vemos, es el caso del CJMU. Y la STS, Sala 3ª, de 6 de marzo de 2006, recuerda que *“tras la Constitución, art. 105 a) CE, el trámite de audiencia está consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley.*

Constituye por tanto un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto no solo que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda, sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto (SSTS 13 de noviembre de 2000 y 15 de julio de 2003.

Justamente tal obligatoriedad en el trámite de audiencia conlleva que su incumplimiento acarree la nulidad de la disposición en cuestión”.

Por último, debe decirse que la consulta al CJMU ya fue señalada por el informe jurídico reseñado en el Antecedente Tercero, sin que obren en el expediente motivos que justifiquen no haber seguido tal indicación.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dando cuenta a la Consejería de Presidencia, procede remitir el presente Dictamen, para la prosecución de las actuaciones, a la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes, por ser en este momento la competente en la materia a que afecta el proyecto de Orden de referencia, según el Decreto 160/2007, de 6 de julio, conforme con lo señalado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- La tramitación del proyecto de Orden objeto del presente Dictamen adolece de las deficiencias señaladas en la Consideración Tercera del mismo, es decir, la falta del informe preceptivo emitido por el titular de la Consejería competente en materia de Hacienda y la falta de consulta y traslado del proyecto al CJMU, por las razones expresadas en la referida Consideración.

TERCERA.- Procede, pues, subsanar tales deficiencias, sin perjuicio de lo que este Consejo Jurídico dictamine en el caso de que, realizados los trámites indicados, se le remita nuevamente dicho proyecto normativo.

CUARTA.- En atención a lo anterior, el proyecto de Orden de referencia se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 110/07.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Canon de Saneamiento de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 27/08/07

Extracto de Doctrina

1. Regular la impugnabilidad en vía económico-administrativa de los actos de repercusión constituye una determinación propia del procedimiento administrativo común, recogida en la regla 18ª del citado artículo 149.1 CE (STC 227/1988) y, por tanto, de competencia plena del Estado, que trae como consecuencia la aplicación directa a todas las Administraciones públicas del artículo 227.4, a) LGT. Por tanto, el Proyecto es norma habilitada por la LGT para recoger esa determinación y fijar los requisitos y condiciones para su ejercicio.

2. La Ley 6/2004, de 28 de diciembre, varió el criterio sostenido con anterioridad por la Ley 1/1988 sobre la titularidad de la potestad reglamentaria, estableciendo un régimen conforme al cual corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia), y de forma derivada se atribuye a los Consejeros sólo si les está específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004) (Dictámenes 10 y 119, ambos de 2006, entre otros).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En enero de 2006 el Gerente de la Entidad de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (E.) remitió a la Consejería de Agricultura y Agua el primer borrador del Proyecto acompañado de una memoria económica y un informe jurídico elaborado por personal de la propia entidad. La Memoria económica afirma que al financiar el canon de saneamiento exclusivamente a E., el reglamento no produce efectos en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma; indica que afecta principalmente a los usuarios no domésticos, al regular la fórmula polinómica para la determinación del coeficiente corrector; termina indicando que el reglamento no supone coste alguno para la Comunidad Autónoma. El corto informe jurídico señala que el texto es conforme a la legislación vigente en materia tributaria.

SEGUNDO.- El 6 de marzo de 2006 la Dirección General de Tributos informó a solicitud de la Consejería de Agricultura y Agua exponiendo numerosas observaciones de orden técnico, incorporadas en su mayoría a un segundo borrador que, junto a un informe sobre dichas modificaciones, fue elevado nuevamente a la Consejería por el gerente de E. a efectos de su tramitación (27 de marzo de 2006).

TERCERO.- Se concedió audiencia a la Federación de Municipios de la Región de Murcia; a empresas suministradoras, como A. C. S.A., A. J., S.A., A. L. S.A., A. L. S.A., E., G. S.A, H. y A.; A., P., P., S., U. S.A.; a los Ayuntamientos de Aledo, de San Javier, de Lorquí y de La Unión; a la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, a la de Industria y Medio Ambiente, a la Agencia Regional de Recaudación, a la Dirección General de Administración Local y al Consejo Asesor Regional del Agua.

Los Ayuntamientos y empresas suministradoras presentan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Solicitan la regulación de indemnizaciones a favor de las suministradoras por su cualidad de sustitutos de los contribuyentes.
- Argumentan modificaciones al Proyecto derivadas de la Sentencia del TSJ de Murcia, de 28 de julio de 2005.
- Aluden a la inclusión en el Proyecto de las adiciones necesarias derivadas de la modificación a la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, por la que se integraron en el hecho imponible las aguas procedentes del nivel freático.
- Indican otras observaciones particulares al articulado.

La Consejería de Turismo informa sobre la reconsideración de varios preceptos, tomando como criterio la doctrina expuesta en los dictámenes del Consejo Jurídico, especialmente en el 64/2002 (informe de 20 de abril de 2006).

La Consejería de Industria y Medio Ambiente considera aspectos relacionados con la medición de la carga contaminante y la coordinación de las previsiones del Proyecto con el Decreto 16/1999, de 22 de abril, sobre vertidos de aguas residuales industriales al alcantarillado (informe de 26 de mayo de 2006).

CUARTO.- Evacuados los informes de los Consejos de Cooperación Local, de Consumo, del Agua y de Medio Ambiente, todos favorables, se formuló un tercer borrador, acompañado de un nuevo informe sobre las modificaciones y de una ampliación de la memoria económica. El informe sobre modificaciones señala que una de ellas es la duplicación del número de habitantes DQO, de 50 a 100, y otra la supresión de la bonificación del 25 por ciento de la cuota en los casos en que los sujetos pasivos adecuaron la distribución temporal de los caudales vertidos.

QUINTO.- El Servicio Jurídico de la Consejería, en informe de 8 de septiembre de 2006 manifiesta, entre otras observaciones, que el hecho imponible del canon está configurado en la Ley por los vertidos de aguas residuales al alcantarillado o red pública de saneamiento.

SEXTO.- Se elaboró un cuarto borrador que, acompañado de una memoria de oportunidad y de un informe explicativo de las modificaciones, fue sometido al Dictamen del Consejo Económico y Social, que lo evacuó el 27 de octubre de 2006, con las siguientes conclusiones:

1.- El Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del canon de saneamiento propone cambios de dos tipos a la regulación vigente. Por un lado, los realizados técnicamente para adaptarse a la nueva Ley General Tributaria y a los realizados a la Ley 3/2000 con posterioridad a su aprobación, sobre los que el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia manifiesta su valoración positiva. Aportan mejoras significativas, especialmente en cuanto a las actuaciones y procedimiento de inspección al ofrecer una mayor garantía en el procedimiento a los interesados.

2.- Otros cambios son los que inciden en el impacto económico del canon, que afectan exclusivamente a los usuarios no domésticos y repercuten en la actividad productiva de las empresas. Básicamente, consisten en la modificación de la fórmula de cálculo de la base imponible por estimación objetiva, que duplica el resultado; la inclusión de los anexos II y III del Decreto 16/1999 para determinar el coeficiente corrector aplicable, de tal forma que sobrepasar los límites fijados en tales anexos supone multiplicar la cuota por ocho; la supresión de la deducción del 25% de la cuota resultante del canon por propia depuración, prevista en el Reglamento vigente; y que no se haya regulado la bonificación del 50 por ciento de la cuota que introdujo la Ley 9/2005 para el caso de vertidos de aguas no residuales procedentes de achique de sótanos. Y son éstos los que no comparte el Consejo. Son varias las causas que motivan la discrepancia: la falta de justificación de los mismos en el expediente; la carencia de datos para valorar su incidencia económica; tienen un afán recaudador que sobrepasa ampliamente el objetivo pretendido con el canon; y la naturaleza de los cambios es desproporcionada en relación con el fin pretendido, hasta el punto de que el canon de saneamiento parece convertido más en un instrumento adicional de sanción de las infracciones medioambientales que en un medio con el que generar recursos destinados a invertir en la protección medioambiental.

3.- Desde un punto de vista formal en relación con el expediente que acompaña el Proyecto sometido a Dictamen, el CES considera que se han introducido cambios sustan-

ciales al Proyecto, con posterioridad a la fase de consulta, lo que hubiera merecido que de nuevo se demandase la opinión de las mismas entidades para evitar que esta importante fase del proceso de tramitación quedase desvirtuada. Y que otras asociaciones, como las de consumidores y las representativas de intereses empresariales sectoriales, debieran haber sido invitadas a participar. Además, la Memoria Económica presentada no permite valorar la repercusión económica de la disposición en la actividad productiva, y no se justifica suficientemente la conveniencia de ciertos cambios que van a suponer un crecimiento muy importante de la cuota del canon, pues podrían hasta multiplicarla por ocho.

4.- El CES rechaza la inclusión del anexo II y III del Decreto 16/1999 como parámetros determinantes del coeficiente corrector de la tarifa en función de la carga contaminante de los vertidos, con el efecto de que la superación de los límites fijados en tales anexos implica que se aplique directamente el valor legal máximo del coeficiente, que es ocho. El Consejo Económico y Social discrepa de esta propuesta, al considerarla desproporcionada y carente del necesario equilibrio que debe de existir entre la magnitud en que se rebasan los límites establecidos y el resultado del coeficiente. Considera el Consejo que pueden añadirse otros parámetros contaminantes a la relación prevista en la Ley 3/2000 si se motiva su oportunidad, pero en este caso debiera de modificarse a su vez la fórmula polinómica para que éstos intervengan en la determinación del coeficiente corrector en los mismos términos que los previstos inicialmente por la Ley referida.

5.- No comparte el CES la propuesta de supresión de la deducción del 25% de la cuota resultante del canon, prevista en el artículo 26.2.d) de la Ley 3/2000 y en el Reglamento vigente, para los casos en que los sujetos pasivos adecuen la distribución de los caudales vertidos a las instrucciones que les dirija la Administración. Es una deducción prevista en la Ley 3/2000, y el nuevo Reglamento debe de habilitar el procedimiento para hacerla efectiva.

6.- El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia considera que el Reglamento del canon de saneamiento ha de regular la bonificación del 50% sobre el importe del canon aplicable a aquellos vertidos que se realicen a redes públicas de alcantarillado de aguas no residuales procedentes de actividades de achique de sótanos, introducida por el artículo 55.2 de la Ley 9/2005 como una modificación de la Ley 3/2000.

SÉPTIMO.- Se elabora un nuevo borrador que recoge las observaciones del CES que se ha considerado conveniente admitir, según expone en informe el Gerente de E., acompañando al texto una ampliación de la Memoria Económica.

OCTAVO.- Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 28 de diciembre de 2006, exponiendo que en relación con el Decreto 102/2002, de 14 de julio, actual regulación reglamentaria del canon de saneamiento, fue objeto de diversos recursos contencioso-administrativos, interpuestos por varios ayuntamientos de la Región. En concreto, en el recurso contencioso-administrativo nº 1624/02, entablado por el Ayuntamiento de Ceutí, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia dictó sentencia, de fecha 27 de octubre de 2005, estimando el mismo y anulando el Decreto 102/02 en base a dos defectos procedimentales, a saber: la omisión del informe preceptivo del Consejo Regional de Cooperación Local, así como la imposibilidad de que el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, pese a haber sido formalmente consultado, pudiera ejercer realmente su función, debido a la falta de documentación (en concreto, la memoria económica) en el expediente remitido para su dictamen.

Indica el informe que, con independencia de que la citada sentencia se encuentra actualmente recurrida en casación por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el proyecto que se informa tiene por objeto la aprobación de un nuevo Reglamento de régimen económico-financiero tributario del canon de saneamiento de la Región de Murcia, ante la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley 3/2000 por la anulación judicial del Decreto 102/02.

Pues bien, una vez examinado el expediente administrativo, del mismo resulta que el dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia vuelve a poner de manifiesto diversos vicios procedimentales (apartado III, A- Observaciones Generales).

En relación a las críticas recogidas en el informe del CES expone las siguientes consideraciones:

En cuanto a la conveniencia de someter el proyecto a consulta directa a determinadas organizaciones y entidades, parece que el trámite de audiencia desarrollado en el procedimiento ha sido suficientemente amplio. Por otra parte, la intervención de múltiples órganos consultivos (singularmente, el Consejo Asesor Regional de Consumo), permite eliminar cualquier duda en orden a la correcta participación de todos los interesados.

Respecto a la insuficiencia de la memoria económica, es lo cierto que con posterioridad al dictamen del CES, la misma ha sido objeto de ampliación, por lo que este defecto también podría entenderse subsanado.

Ahora bien, la Dirección de los Servicios Jurídicos coincide con el CES en que la introducción de cambios sustanciales en el proyecto con posterioridad a la fase de consulta hubiera merecido que se consultase nuevamente a las mismas entidades, para evitar que esta importante fase del proceso de tramitación quede desvirtuada.

A esta conclusión se llega, según la citada Dirección de los Servicios Jurídicos, no sólo porque es la más acorde con la propia esencia y finalidad del trámite de audiencia, que quedaría desvirtuado si la norma que es dada a conocer a los interesados es sustancialmente distinta de la que finalmente entra en vigor, sino porque es el criterio que se sigue en otros sectores de la actividad administrativa (por ejemplo, en el caso de alteraciones sustanciales del planeamiento urbanístico), de forma que, analógicamente, también resulta predicable en este caso.

Finaliza indicando que es fácilmente previsible que la nueva norma sea objeto de recursos contencioso-administrativos similares a los interpuestos contra el Decreto 102/02, previniendo sobre la posibilidad de que el Proyecto pueda verse abocado a una sentencia de signo semejante a la anteriormente citada.

NOVENO.- Ante las consideraciones del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos se concedió un nuevo trámite de audiencia a las entidades y particulares directamente afectados por la norma. Formularon observaciones diversas empresas suministradoras, reiterando su opinión favorable a la introducción en el Proyecto de compensaciones a su favor por los gastos que supone el cumplimiento de las obligaciones que se les imponen. Informaron nuevamente los Consejos de Cooperación Local (20 de febrero de 2007) y de Consumo (9 de febrero de 2007), coincidiendo en dictaminar favorablemente el Proyecto.

DÉCIMO.- Elaborados los preceptivos índices de documentos y extracto de secretaría, el expediente fue remitido al Consejo Jurídico recabando su Dictamen preceptivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre la motivación del Proyecto y el procedimiento.

A) El Proyecto sometido a Dictamen prevé la derogación del vigente Decreto 102/2002, de 14 de junio, que aprobó el vigente reglamento económico-financiero del canon de saneamiento. En la Exposición de Motivos del Proyecto se razona que las causas que llevan a su promoción son, de una parte, la adaptación a la nueva normativa legal, constituida por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y por las modificaciones introducidas en la Ley 3/2000, de 12 de julio, de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la Región de Murcia, y en la Ley 3/2002, de 20 de mayo, de la tarifa del canon de saneamiento, por la Disposición adicional segunda de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, -que amplió el hecho imponible a los supuestos de vertido de aguas no residuales procedentes del achique de sótanos-, por el artículo 55.1 de la Ley 9/2005, de 29 de diciembre, que añadió el apartado 4 al artículo 23 de la misma -regulando la obligación de las entidades suministradoras de repercutir el importe del canon de saneamiento a los contribuyentes-, y por el artículo 55.2 de la misma Ley 9/2005, que reguló una bonificación del 50 por ciento en la base imponible de las actividades de achique de sótanos; en segundo lugar, la experiencia de la gestión es otra causa que se esgrime como justificación del nuevo texto reglamentario.

Las modificaciones operadas en las leyes del canon tienen elementos suficientes para su aplicación directa sin necesidad de la mediación del reglamento, y su carácter imperativo significa que han debido ser aplicadas desde su entrada en vigor; en cualquier caso, la propuesta de nuevo reglamento se efectúa en enero de 2006, cuando la primera modificación de la vigente normativa con rango de ley se realizó por la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, mediando una distancia temporal que, con esa lógica, hubiera requerido promover una reforma entonces. La aprobación de la Ley General Tributaria y sus normas reglamentarias, y la experiencia adquirida en la gestión del canon, genéricamente invocadas, parecen constituir motivación bastante para una reforma, pero quizás no para la sustitución completa del vigente reglamento, que es lo que se proyecta.

Las razones que revisten entidad manifiesta para la elaboración de un nuevo reglamento, ignoradas en la propuesta de la Consejería, han sido expresadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos y, parcialmente, por algunos de los interesados en sus alegaciones. La sentencia nº 733/2005, de 27 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Región de Murcia, anuló el Decreto 102/2002, de 14 de junio, que aprobó el reglamento del canon de saneamiento que ahora se pretende derogar, sentencia recurrida por la Comunidad Autónoma en casación, sin perjuicio de lo cual, como indica la Dirección de los Servicios Jurídicos, el Proyecto tiene por objeto la aprobación de un nuevo Reglamento de régimen económico-financiero tributario del canon de saneamiento de la Región de Murcia, ante la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley 3/2000 por la anulación judicial del Decreto 102/02. La misma Sala de ese TSJ pronunció también la sentencia 629/2005, de 28 de julio, cuyo fallo anuló de dicho Decreto los artículos 6, apartado 4, a; y

10, apartado 1 (ambos en cuanto a la obligación de facturar); 10 apartado 7 y 41, apartado 2 b), completos.

Desde luego, el mantenimiento del régimen de administración y financiación de las redes de saneamiento y del de recaudación del canon (instrumento de tal fin), requería la inmediata redacción de un texto amoldado a las prescripciones expuestas en las Sentencias del TSJ, anticipadas por los dictámenes del CES y del Consejo Jurídico.

B) El procedimiento determinado por el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno, se ha seguido en que la iniciativa ha partido de la Consejería de Agricultura y Agua, se ha dado audiencia a las entidades y particulares interesados, y han emitido informe los distintos consejos competentes, como el del Agua, el de Consumo, el de Medio Ambiente y el de Cooperación Local, concediendo una segunda audiencia, a instancia de la Dirección de los Servicios Jurídicos, cuando el borrador ha sufrido modificaciones sustanciales. Ha objetado el CES que la audiencia individualizada debiera haber alcanzado a las organizaciones empresariales representativas de los intereses económicos afectados por la disposición, criterio que comparte el Consejo Jurídico puesto que es así como lo prevé el artículo 53.3 de la Ley 6/2004.

Ha advertido también la Dirección de los Servicios Jurídicos que el CES en su Dictamen alude a que la Memoria Económica presentada no permite valorar la repercusión económica de la disposición en la actividad productiva, afirmación a la que ha respondido la Consejería consultante adjuntando una nueva Memoria Económica (la III) indicando los motivos de las reformas y cuáles son, en su opinión, las repercusiones sobre la economía de las empresas, concluyendo que no son considerables y que no va a afectar a la competitividad de las mismas. Esta última Memoria, sin embargo, no ha sido sometida al CES, que es al que corresponde, según se deduce de la Ley 3/1993, de 16 de julio, realizar esa valoración, dada su condición de órgano consultivo y de participación en materia económica y social. Pero, en cualquier caso, es de considerar que la Memoria económica no es completa si sólo alude al coste que la aprobación de la norma puede suponer para el presupuesto de la Comunidad Autónoma (requisito exigido por el artículo 53.1, último párrafo, de la Ley 6/2004) y no se pronuncia sobre la necesidad del incremento de unos ingresos afectados a una finalidad concreta. El canon de saneamiento es un impuesto propio de la Comunidad Autónoma cuya recaudación se destina exclusivamente a la realización de los fines recogidos en la Ley 3/2000, que se ejecutan a través del plan general de saneamiento y depuración de aguas residuales (art. 7) el cual, como ya indicara este Consejo en el Dictamen 64/2002, es el presupuesto lógico que da sentido al canon. Por tanto, la recaudación global que se alcance debe ser la que satisfaga los objetivos del Plan de Saneamiento, pudiéndose desprender *a sensu contrario* la prohibición implícita de obtener recaudaciones que superen las determinaciones económicas de la planificación. Es en este sentido en el que se aprecia insuficiencia de justificación en la Memoria Económica, que debería dar respuesta a este interrogante y despejar los indicios de afán recaudatorio a los que alude el CES.

Puede que no sea ajena a esta consideración la que sigue, formulada en el Dictamen 64/2002 y que reiteramos ahora: *“El Proyecto, debido a su objeto, tiene un marcado carácter técnico no sólo desde el punto de vista tributario, sino también desde la óptica de los procedimientos industriales para la obtención o suministro de agua y de los sistemas químicos para fijar la carga contaminante que sirve, en ocasiones, de elemento determinante de la deuda tributaria; así, por ejemplo, los artículos 8, 23.4, 24, 27, y de manera especial los Anexos I y II. Esa penetración de los conceptos técnicos en la regulación reglamentaria*

(que reconoce abiertamente el penúltimo párrafo del Preámbulo) no se encuentra explicada en el expediente, al que no se ha unido informe alguno aclaratorio de las opciones elegidas y de su influencia sobre el objetivo tributario que es el contenido primordial del Proyecto: el cálculo de la base imponible en función de la carga contaminante y la financiación de las actividades de saneamiento y depuración". No cabe duda de que este informe técnico está entre los que son requeridos a tenor del artículo 53.1 de la Ley 6/2004 para garantizar el acierto del texto, pudiendo recordarse aquí que este precepto establece que la motivación técnica y jurídica debe desarrollarse "con el grado de detalle suficiente que requiera el caso" y alcanzando a "las concretas determinaciones propuestas".

C) Igual que sucediera al dictaminar el Decreto 102/2002, debemos recordar que, partiendo de que la Ley 3/2000 atribuye la gestión del canon y el producto de su recaudación a la Entidad de Saneamiento y Depuración, adscrita a la Consejería de Agricultura y Agua (arts. 15, 20 y 31), es coherente admitir que ésta goce de la capacidad precisa para promover el procedimiento de elaboración del reglamento, teniendo en cuenta, además, que el artículo 14.1 de la citada Ley 3/2000 indica que, en las materias por ella reguladas, la actuación de la Comunidad Autónoma se llevará a cabo a través de la Consejería que tenga atribuidas las competencias sobre saneamiento y depuración. Pero sentado ello, también debe admitirse abiertamente que, según el artículo 9, a) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de 2 de diciembre de 1999 (TRLH, en adelante), compete al Consejero de Economía y Hacienda proponer al Consejo de Gobierno las disposiciones que éste deba aprobar en el ámbito de materias hacendísticas, una de las cuales es la regulación de los impuestos propios, como el canon de saneamiento (arts. 22.1 Ley 3/2000 y 12 TRLH). Por tanto, la Consejería de Economía y Hacienda debe hacer suya la iniciativa normativa promovida por la de Agricultura y Agua, y asumir su competencia para elevarla ambas, de manera conjunta, al Consejo de Gobierno.

D) Falta el informe jurídico de la Vicesecretaría, requerido por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, y la copia del texto definitivo de la norma carece de la reglamentaria autorización de la autoridad consultante, exigida por el artículo 46.2.1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico.

TERCERA.- Sobre la habilitación legal.

La Disposición Final primera de la Ley 3/2000 (redactada por la Ley 7/2000, de 29 de diciembre), en su párrafo primero, faculta al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para su desarrollo y ejecución, concretando el párrafo segundo que tal facultad comprende la de aprobar un Reglamento sobre régimen económico financiero y tributario del canon de saneamiento. De manera particular, los artículos 23.3 y 26.4 de dicha Ley contienen remisiones reglamentarias relativas al canon de saneamiento.

A la vista de las remisiones reglamentarias citadas, procede esclarecer si el contenido del Proyecto está dentro de los límites sustantivos propios de su carácter: los establecidos en la Ley. Está admitido con generalidad, por la doctrina y la jurisprudencia, que la reserva de ley tributaria que establece el artículo 31.3 CE es relativa, en el sentido de que si bien la ley debe regular los elementos esenciales de los tributos, el reglamento puede desarrollar ese régimen jurídico, explicitando reglas y aclarando conceptos enunciados en dicha ley. No obstante, el ámbito material vedado al reglamento en todo caso comprende la determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base imponible, de las exenciones y bonifi-

caciones y de la cuota tributaria, contenidos subsumidos en la reserva de ley a los que el reglamento sólo puede adicionar el régimen propio de la exacción, dentro del marco legal, en términos de subordinación y complementariedad (por todas, STC 185/1995).

En general, el Proyecto sometido a Dictamen cumple con tales determinaciones, apreciándose en su conjunto un desarrollo normativo respetuoso con los límites citados, no obstante lo cual merecen observación particular ciertos preceptos, que son objeto de las siguientes consideraciones.

CUARTA.- Ajuste a los fallos del TSJ.

A) El TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el recurso nº 1624/02, dictó la Sentencia nº 733/2005, de 27 de octubre, mediante la que anuló el Decreto 102/2002, de 14 de junio, que aprobó el reglamento del canon de saneamiento que ahora se pretende derogar. Tal y como expone la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe, la anulación se basó en dos defectos procedimentales, a saber: la omisión del informe preceptivo del Consejo Regional de Cooperación Local, así como la imposibilidad de que el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, pese a haber sido formalmente consultado, pudiera ejercer realmente su función, debido a la falta de documentación (en concreto, la memoria económica) en el expediente remitido para su dictamen. Evacuado el informe del Consejo de Cooperación Local, ya ha indicado este Consejo Jurídico en la Consideración Segunda, B), de este Dictamen, cuál es la observación que merece el trámite de consulta al CES despachado en el procedimiento.

B) La misma Sala de ese TSJ pronunció también la sentencia 629/2005, de 28 de julio, cuyo fallo anuló de dicho Decreto 102/2002 los artículos 6, apartado 4, a); y 10, apartado 1 (ambos en cuanto a la obligación de facturar); también anuló el artículo 10, apartado 7, y el 41, apartado 2 b), completos, según los cuales los actos de repercusión tributaria realizados por los sustitutos del contribuyente son actuaciones impugnables en la vía económico-administrativa regional. Las referencias a la obligación de facturar han desaparecido del texto que propone el Proyecto, lo cual, dicho sea *obiter dicta*, no enerva la obligación de las empresas suministradoras de aplicar correctamente la normativa reguladora del IVA y cumplir con las obligaciones que les impone el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, que aprueba el reglamento que regula las obligaciones de facturación. La impugnabilidad ante los órganos económico-administrativos regionales de los actos de repercusión tributaria no ha sido recogida en el Proyecto, lo cual no debe impedir que se tenga en cuenta lo previsto por la Ley General Tributaria de 2003 (LGT) en su artículo 227.4, a), que entró en vigor el 1 de julio de 2004 (Disposición final undécima), el cual, al regular los actos reclamables en vía económico-administrativa, indica lo siguiente: “*Serán reclamables, igualmente, previo cumplimiento de los requisitos y en la forma que se determine reglamentariamente, las siguientes actuaciones u omisiones de los particulares en materia tributaria: a) Las relativas a las obligaciones de repercutir y soportar la repercusión prevista legalmente*”. Según su artículo 1, la LGT contiene los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y será de aplicación a todas las Administraciones públicas, con el alcance determinado por los artículos 149.1.1º, 8º, 14º, 18º de la Constitución. Regular la impugnabilidad en vía económico-administrativa de los actos de repercusión constituye una determinación propia del procedimiento administrativo común, recogida en la regla 18ª del citado artículo 149.1 CE (STC 227/1988) y, por tanto, de competencia plena del Estado, que trae como consecuencia la aplicación directa a todas las Administraciones públicas del artículo 227.4, a) LGT. Por

tanto, el Proyecto es norma habilitada por la LGT para recoger esa determinación y fijar los requisitos y condiciones para su ejercicio.

QUINTA.- Observaciones al proyecto de Decreto.

Se compone de un artículo, aprobatorio del Reglamento que se adjunta a continuación, y una Disposición derogatoria y 2 Disposiciones Finales, que merecen las observaciones siguientes.

– Artículo único. El Reglamento se aprueba en desarrollo de lo previsto en el Capítulo IV de la Ley 3/2000, cuya Disposición Final Primera contiene, exclusivamente, el mandato dirigido al Consejo de Gobierno para realizar tal desarrollo y, por ello, no es susceptible de ser desarrollada. En tal sentido debe variarse la redacción.

– Disposiciones Finales.

La Disposición Final segunda faculta a los Consejeros de Economía y de Hacienda y de Agricultura y Agua, cada uno en el ámbito de sus competencias, para “dictar las normas necesarias para el desarrollo del presente Decreto”.

Es necesario aquí recordar que, al abordar la competencia para elevar el presente Proyecto a Consejo de Gobierno, indicamos que, según el artículo 9, a) TRLH, compete al Consejero de Economía y Hacienda proponer al Consejo de Gobierno las disposiciones que éste deba aprobar en el ámbito de materias hacendísticas, una de las cuales es la regulación de los impuestos propios, como el canon de saneamiento (arts. 22.1 Ley 3/2000 y 12 TRLH). Dicho TRLH ya establece una potestad reglamentaria a favor del Consejero de Economía y Hacienda para “dictar las disposiciones (...) que procedan en el ámbito de las materias propias de esta Ley” (art. 9, g, TRLH), una de las cuales es, como ha quedado dicho, los impuestos propios, como es el canon según se desprende del artículo 22 de la Ley 3/2000. En consecuencia la potestad reglamentaria de segundo grado en materia tributaria corresponde al Consejero de Economía y Hacienda, según el TRLH, lo que impide a una norma reglamentaria como la presente deferirla a otro Consejero, como pretende esta Disposición. En el ordenamiento regional la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, varió el criterio sostenido con anterioridad por la Ley 1/1988 sobre la titularidad de la potestad reglamentaria, estableciendo un régimen conforme al cual corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia), y de forma derivada se atribuye a los Consejeros sólo si les está específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004) (Dictámenes 10 y 119, ambos de 2006, entre otros). En consecuencia, la previsión contenida en la Disposición Final primera del Proyecto, en cuanto al Consejero de Agricultura y Agua, debe suprimirse.

SEXTA.- Observaciones al Reglamento.

I. El ejercicio de las potestades de aplicación del ordenamiento tributario.

En el Dictamen 64/2002 el Consejo Jurídico observó que E. resulta obligada al ejercicio de unas competencias muy diversas, de orden técnico y de carácter tributario en varias vertientes (gestión, comprobación, investigación), para las que no siempre esté formado el personal que preste servicios en la misma, añadiéndose que la regulación del Proyecto entonces consultado debiera complementarse con los Estatutos de E. para regular con claridad los órganos regionales con facultades apropiadas a las potestades administrativas que debe ejercitar, así como constatar a qué órgano corresponde planificar las actuaciones

inspectoras, en qué órgano se encuadran los funcionarios inspectores y quién ejerce las funciones de inspector-jefe que, necesariamente, han de preverse en función de lo que dispone el Reglamento General de la Inspección. Los Estatutos de la Entidad, aprobados mediante Decreto 90/2002, de 24 de mayo, configuraron al Gerente de la misma como un alto cargo al que compete el ejercicio de la función directiva ordinaria de las Áreas y Unidades de E. (art.14), atribuyéndosele también por el artículo 2 la gestión, inspección y recaudación en periodo voluntario del canon; la entidad se estructura internamente en varias Áreas de funcionamiento, una de las cuales, la Económico-Administrativa, tiene como competencia la gestión de los tributos encomendados a la entidad (art. 20).

En el Dictamen 63/2002 indicó este Consejo que las tareas de inspección tributaria de E. respecto al canon de saneamiento conducen a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley de Función Pública de la Región, que establece que los puestos de trabajo que impliquen inspección sean desempeñados por funcionarios públicos, pudiéndose dar cumplimiento a ello bien asignando estas tareas a funcionarios de la Consejería a la que se adscribe E., bien reservando en E. determinados puestos a funcionarios públicos; soluciones permitidas por la Ley 3/2000, si tenemos en cuenta la remisión a los Estatutos para establecer el régimen de personal (artículo 16.1) y que el artículo 29 de la precitada Ley atribuye a la Comunidad Autónoma, directamente, o a través de E., la investigación y comprobación de las actividades que integran o condicionan el canon. Esta solución, ignorada por el Decreto 90/2002, de 24 de mayo, que definitivamente aprobó los estatutos de E., era entonces una determinación de obligatorio seguimiento, siendo hoy, si cabe, de superior exigencia, al establecer el artículo 7.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*. La realización de funciones comprobadoras e inspectoras del canon de saneamiento implica la participación directa en el ejercicio de funciones públicas y, por tanto, sólo se pueden ejercer por funcionarios públicos, quedando prohibidas al personal vinculado a E. por relación laboral (art. 22 de sus Estatutos). Este régimen no permite la ficción jurídica que se recoge en el artículo 2 del Proyecto, cuando dice que *“la gestión, inspección y recaudación del canon de saneamiento en periodo voluntario corresponde al Gerente”* de E., previsión con la que se pretende evitar las consecuencias de la normativa expuesta. En coherencia, tampoco se ajusta a ese marco normativo la regulación de los artículos 7.4 y 21 del Proyecto. El primero dispone que E. podrá, con personal propio o a través de personas o entidades autorizadas, realizar en cualquier momento comprobaciones de los aparatos de medida de caudal, así como precintarlos, actividad coercitiva directamente encaminada a asegurar la correcta percepción del canon y que, necesariamente, ha de ser realizada por personal funcionario de la Comunidad Autónoma. El segundo establece que la inspección del canon será ejercida por el personal de E. específicamente nombrado al efecto por el Gerente (ocasionalmente se podrá solicitar por el Consejero de saneamiento el auxilio del personal inspector de la Consejería de Economía y Hacienda), personal que ostentará las facultades que la legislación general tributaria atribuye a los órganos de inspección. Resulta evidente, a tenor de lo expuesto, que esta previsión reglamentaria contradice el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública y el Estatuto Básico del Empleado Público, además de separarse de uno de los principios inspiradores de la nueva Ley General Tributaria, la cual pretende reforzar las garantías de los contribuyentes y la seguridad jurídica (Exposición de Motivos, I).

II. Las deducciones y bonificaciones y la carga contaminante del agua vertida a las redes públicas.

El artículo único, apartado 5, de la Ley 3/2002, de 20 de mayo, reguladora de la tarifa del canon de saneamiento, estableció una deducción del 50 por ciento para los vertidos procedentes de determinadas actividades, aplicable directamente a la hora de practicar las correspondientes liquidaciones, por lo que, “a priori”, no es necesaria su inclusión en el Proyecto, siempre que de la Ley se desprendan los elementos esenciales para su aplicación.

Se alude por el CES a la necesidad de que la actual deducción del 25 por ciento para los sujetos pasivos que adecuen la distribución de los caudales vertidos a las instrucciones que les dirija la Administración se mantenga en el nuevo reglamento, igual que es recogida por el artículo 24.5 del actual. Sobre tal deducción ya expuso este Consejo Jurídico en el Dictamen 64/2002 que carecía de la imprescindible cobertura legal, ya que las deducciones y bonificaciones fiscales están sometidas a la absoluta reserva de ley en la LGT (art. 8.d). Sin embargo, tal deducción conecta con la Ley 3/2000 mediante su artículo 26.2,d), que establece el criterio de la regularidad del vertido para la determinación del canon en los usuarios no domésticos. El Decreto 102/2002, separándose del Dictamen del Consejo Jurídico, optó por aplicar ese criterio reconociendo una reducción en la cuota del 25 por ciento, pero lo más relevante ahora es indicar que el mandato legal es que el factor “regularidad del vertido” se tenga en cuenta a la hora de establecer los elementos determinantes del cálculo final del canon, aspecto que no aparece expresamente contemplado en el Proyecto.

Aunque relacionada con la anterior, una cuestión distinta es la inclusión de los anexos II y III del Decreto 16/1999 como parámetros determinantes del coeficiente corrector de la tarifa en función de la carga contaminante de los vertidos, con el efecto de que la superación de los límites fijados en tales anexos implica que se aplique directamente el valor legal máximo del coeficiente, que es ocho. A la crítica del CES opone la Consejería consultante que la medida cumple con el principio “quien contamina paga”, inspirador de la normativa ambiental, y supone la recuperación de los verdaderos costes en que se incurre con la depuración, otro de los principios rectores de la llamada Directiva Marco del Agua.

La cuestión que se suscita tiene relación con la naturaleza jurídica del canon de saneamiento en cuanto ingreso público y la finalidad que a través del mismo se pretende cumplir que, en función de lo previsto en la Ley 3/2000, de 12 de julio, de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de la Región de Murcia, es netamente ambientalista; así la carga contaminante es un factor que influye decisivamente en el cálculo final de la cuantía del canon (art. 26.3), y reglamentariamente se pueden añadir parámetros para la medición de la misma, según las necesidades técnicas y de prevención de la contaminación (art. 26.4, f). Se trata, en definitiva, de un tributo de naturaleza mixta, que aúna el carácter contributivo y el extrafiscal de prevención de la contaminación de las aguas (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2006), por lo que parece coherente con tal sistema que se contemplen factores contaminantes previstos en la legislación ambiental.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Proyecto sometido a Dictamen realiza un desarrollo normativo respetuoso, en general, con los límites legales, contando con habilitación suficiente.

SEGUNDA.- El procedimiento seguido ha respetado en líneas generales los preceptos legales, aunque es insuficiente la memoria económica, carece de motivación técnica y falta el informe jurídico de la Vicesecretaría. La competencia para elevar el Proyecto a Consejo de Gobierno corresponde conjuntamente a los titulares de las Consejerías de hacienda y agricultura. Tales carencias deben subsanarse.

TERCERA.- Con carácter esencial deben ser reconsiderados los siguientes preceptos:

A) del Proyecto de Decreto, el artículo único y la disposición final segunda.

B) del reglamento que se aprueba: los artículos 2, 7.4 y 21, en cuanto al ejercicio de las potestades inspectoras.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 111/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. C., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 28/08/07

Extracto de Doctrina

La actuación del servicio sanitario no puede dar lugar a lesiones que no entren dentro de las consecuencias normales de un determinado tratamiento o intervención, porque lo que no cabe es que el funcionamiento del servicio añada lesiones innecesarias a la situación propia de cada paciente; la actividad sanitaria es una actividad de riesgo, y aquí es donde debe entrar a funcionar la imputación por funcionamiento normal del servicio, pues así lo exige el artículo 106.2 CE y el artículo 139 LPAC.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 10 de julio de 2001, D. D. C. S., letrado de los Ites. Colegios de Abogados de Lorca y Murcia, presenta, en nombre y representación de D. J. V. C., reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), en solicitud de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por los servicios sanitarios. Fundamenta su reclamación en los siguientes hechos:

– El día 4 de noviembre de 2000 fue intervenido en el Hospital Morales Meseguer de una adenomectomía prostática retropúbica, presentando en el postoperatorio inmediato fuertes dolores en la cara interna de ambos muslos y área púbica, que fueron tratados con analgésicos y antiinflamatorios, a pesar a de lo cual los dolores no cesaron.

– Tras ser dado de alta, y como quiera que los dolores persistían, acudió al servicio de urgencias del citado Hospital los días 10, 12, 15 y 17 de dicho mes.

– El día 1 de diciembre, regresa por quinta vez a dicho Servicio, siendo ingresado en planta de urología donde permanece hasta el día 21 del citado mes, fecha en la que es dado de alta con diagnóstico de probable lesión de tendones de inserción en músculos aductores.

– Enviado al servicio de traumatología del Hospital Morales Meseguer, se le cambia el tratamiento, sin obtener mejoría.

– Nuevamente ha de acudir al servicio de urgencias del citado Hospital el día 27 de diciembre, donde se le diagnostica tendinitis aductiva posquirúrgica.

– Con fecha 20 de enero de 2001 se le remitió al servicio de rehabilitación del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, para tratamiento rehabilitador, que no pudo iniciar, por problemas administrativos, hasta el siguiente día 5 de marzo.

– Los dolores y molestias persisten en la fecha de interposición de la reclamación, sin que el interesado, de profesión taxista, haya podido incorporarse a sus tareas habituales.

Estima el reclamante que la intervención quirúrgica a la que fue sometido no se practicó correctamente, y que el tratamiento rehabilitador que se le aplicó fue erróneo, puesto que se tuvo que modificar al no haber mejoría, sin que se le ingresara para un estudio detallado.

Finaliza su escrito solicitando una indemnización por importe de 6.000.000 de pesetas (36.060,72 euros), por los daños sufridos, incluidos los morales, que el interesado imputa al deficiente funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

SEGUNDO.- Con fecha de registro de salida de 14 de agosto de 2001, el Director Territorial del INSALUD comunica al interesado la recepción de su reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para resolver y el efecto del silencio administrativo.

El siguiente día 3 de septiembre por dicha Dirección territorial se solicita al Hospital Morales Meseguer parte de reclamación debidamente cumplimentado, la copia cotejada de la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron al paciente. Finalmente también remite copia de la reclamación a la Subdirección General de Inspección Sanitaria (Área de Gestión de Responsabilidad Sanitaria), así como a la Compañía de Seguros Z..

TERCERO.- Mediante escrito presentado en el INSALUD el día 7 de septiembre de 2001, el Sr. C. S., aclara el escrito inicial de reclamación, haciendo constar que erróneamente se señaló que su representado había sido intervenido en el Hospital Morales Meseguer, cuando lo cierto es que lo fue en la clínica concertada de la Consolación, de Molina de Segura.

CUARTO.- El Director Gerente del Hospital General Universitario Morales Meseguer, remite escrito en el que señala que la intervención quirúrgica del reclamante se efectuó en la Clínica la C. por personal facultativo dependiente del Servicio de Urología del Hospital General de Murcia (servicio que se había adscrito temporalmente al Hospital Morales Meseguer, con motivo de las obras de demolición del Hospital General), personal dependiente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y no del INSALUD, por lo que no se encuentra cubierto por la póliza de responsabilidad suscrita por dicho Instituto.

A la vista de esta información la Subdirección Provincial de Asistencia Sanitaria remite el expediente a la Consejería de Sanidad, lo que, a su vez, al comprobar que también se reclamaba contra el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, devuelve de nuevo la documentación a la Dirección Territorial del INSALUD.

QUINTO.- Recibido de nuevo el expediente, la Dirección Territorial del INSALUD remite la reclamación al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, solicitando copia cotejada de la historia clínica e informes de los profesionales que asistieron al Sr. V. C..

Remitida la documentación requerida, en el informe evacuado por el Dr. L. G., Jefe de Sección del Servicio de Rehabilitación del citado Hospital, se hace constar lo siguiente:

“Paciente que acudió a la consulta de RHB el 30 de enero de 2001, donde fue remitido por el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer, por presentar contractura muscular después de haber sido sometido a una adenectomía de próstata. Al parecer asociaba dolores que precisaban tratamiento por la unidad del dolor.

La exploración clínica practicada fue compatible con una tendinitis de los aductores derechos, para lo que se instauró tratamiento con termoterapia profunda y masoterapia, desde el 5 hasta 30 de marzo de 2001, con lo que el paciente reconoció mejorar, aunque persistía el dolor, al parecer.

El 3 de junio de 2001 se le indicó la práctica de hidrocinesterapia, desconociéndose si fue realizada o no, ya que el paciente no ha vuelto por esta consulta”.

SEXTO.- Tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, continua la instrucción del expediente el Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS), que, con fecha 2 de enero de 2003, solicita informe valorativo de la Inspección Médica, que es evacuado el siguiente día 13 en el que, tras sintetizar los hechos y efectuar las consideraciones médicas oportunas, concluye del siguiente modo:

“No se encuentra relación de causalidad entre la cirugía practicada al reclamante de adenoma de próstata (adenectomía retropúbica) con la lesión de aductores que sufre (tendinitis) salvo la proximidad anatómica de las estructuras presuntamente lesionadas (tendinitis o contractura muscular) con la zona quirúrgica expuesta o la posible posición durante la intervención quirúrgica aunque no explicaría tampoco la intensidad del dolor expuesta y la incapacidad manifestada por el paciente”.

Termina su informe proponiendo la desestimación de la reclamación.

SÉPTIMO.- Evacuado el trámite de audiencia por los interesados, la representación del reclamante presenta escrito de alegaciones en el que se ratifica en la imputación de sus lesiones a la asistencia recibida, ya que, afirma, antes de la intervención quirúrgica no presentaba molestia alguna en los aductores, apareciendo los dolores inmediatamente después de la operación. La relación entre la intervención y los dolores fue admitida verbalmente por todos los doctores que lo atendieron, y así se refleja también en el informe del servicio de traumatología del Hospital General Universitario. Con el fin de acreditar la certeza de su afirmación el reclamante une a su escrito informe del Dr. J. V. L. G., especialista en rehabilitación y valoración del daño corporal, en el que afirma: *“El paciente presenta limitación de la flexibilidad de la musculatura aductora y extensora de las caderas (músculos aductores, pectíneo, posas e isquiosurales), lesionados durante la intervención, no como consecuencia directa del acto quirúrgico sino como consecuencia de la relajación anestésica y la postura en la mesa del quirófano”.* Asimismo señala que, como consecuencia de dichas dolencias, ha precisado tratamiento desde que se produjo la intervención quirúrgica, hasta el día 28 de agosto de 2001, fecha en la que fue dado de alta por su médico de cabecera ante la resolución del proceso, sin que presente en la actualidad secuela alguna.

OCTAVO.- Se incorpora al expediente Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, recaído en el Procedimiento Ordinario 1.832/2003, seguido a instancia del reclamante, por el que se acuerda el archivo de las actuaciones al no haber subsanado el recurrente los defectos formales de los que adolecía el escrito de interposición.

NOVENO.- Mediante escrito fechado el 30 de enero de 2004, la instructora remite copia de la reclamación al Hospital de Molina de Segura, con el fin de que se emita informe por el servicio médico que atendió al interesado.

El citado Hospital remite, mediante escrito fechado el día 16 de febrero de 2004, informe del Dr. D. L. Ó. F. C., urólogo que practicó la intervención, en el concluye del siguiente modo:

“1. Se opera el 4/11/00, el postoperatorio desde el punto de vista urológico no presenta secuelas. El paciente orina perfectamente bien.

2. La distensión de aductores no depende de la táctica o técnica quirúrgica en sí, pues en esta cirugía no se trabaja en dicha área muscular de miembros inferiores, es una cirugía abdominal, infraumbilical, retropúbica y extraperitoneal.

3. La mesa de operaciones se “quiebra” a la altura de la pelvis quedando el paciente en ligera hiperextensión. Esta puede ser la causa de la distensión de aductores en un paciente que:

- a) Fue corredor de “campo a través” (corredor de fondo), por lo tanto, presenta una masa muscular en dicha área hiperdesarrollada.*
- b) De profesión taxista (la mayor parte del día sentado sin ejercitar musculatura de miembros inferiores).*

4. El postoperatorio de una cirugía de próstata abierta está en torno a los 45 días de baja laboral (4/11/00 a 19/12/00).

5. Desde enero del 2001 hasta marzo del 2001 estuvo en “lista de espera” para iniciar rehabilitación.

6. Rápida mejoría con masajes manuales en Servicio de Rehabilitación en Hospital Arrixaca”.

DÉCIMO.- La instructora traslada este informe a la representación del recurrente, quién, mediante escrito presentado el día 16 de marzo de 2004, señala que el Dr. F. admite, en coincidencia con el informe del Dr. L. G., que el origen de las lesiones sufridas se encuentra en la posición mantenida sobre la mesa de operaciones durante el tiempo que duró la intervención quirúrgica. Riesgo del que no fue informado el reclamante. También señala que por problemas ajenos a su representado, éste vio demorado el inicio del tratamiento rehabilitador más de un mes, lo que impidió que se recuperara antes de las dolencias que padecía.

UNDÉCIMO.- Copia del informe del Dr. F. y del escrito de alegaciones del interesado es remitida al Inspector Médico, por si, a la vista de su contenido, estimaba oportuno completar su primer informe.

Así lo hace el Inspector Médico informando, con fecha 25 de mayo de 2004, lo siguiente:

“En el informe realizado por el Dr. L. O. F. C., Jefe de Servicio de urología del Hospital Morales Meseguer, se recoge en el punto 3 del resumen: “La mesa de operaciones en este tipo de cirugía se quiebra a la altura de la pelvis quedando el paciente en ligera hiperextensión (adjunta bibliografía). Esta puede ser la causa de la distensión de aductores en un paciente que:

- a) Fue corredor de campo a través (corredor de fondo), por lo tanto presenta una masa muscular en dicha área hiperdesarrollada.*
- b) De profesión taxista (la mayor parte del día sentado sin ejercitar musculatura de miembros inferiores).*

En las fotocopias de la bibliografía que adjunta al informe, (Atlas de operaciones urológicas. G. M.; E. J. Z.), se aprecia en un dibujo la posición del paciente en la mesa de quirófano, pero no se menciona que la tendinitis de los músculos aductores sea una complicación conocida tras la prostatectomía suprapúbica (folio n° 88).

En el folio n° 90 (C. U.), se menciona que “los riesgos potenciales, incluyen incontinencia urinaria, disfunción eréctil, eyaculación retrógrada, infección del tracto urinario, y la necesidad de transfusiones de sangre”, pero nada referente a problemas con los músculos aductores.

No se considera pues, que la tendinitis de aductores sufrida por el paciente, sea una complicación de la intervención de prostatectomía suprapúbica, y sólo podría deberse a la postura en la mesa de quirófano, no siendo éste un hecho descrito en la bibliografía.

No hubo por tanto, una mala praxis en la realización de la intervención quirúrgica, y tampoco se podía haber informado al paciente previamente, ya que es un acontecimiento nada habitual ni conocido.

No queda acreditada la evidencia, de que la causa directa de la tendinitis de los músculos aductores sufrida por el paciente, sea de la intervención en si misma El Dr. F. C. expresa su opinión en sentido positivo, pero no queda avalada por la publicación de hechos similares, en la bibliografía que adjunta. Podría considerarse, como un hecho fortuito, derivado de la postura en la mesa de quirófano, y condicionada por sus características musculares previas.

Como conclusión, no estimo que haya que cambiar la propuesta desfavorable, emitida en el anterior informe, respecto a la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial”.

DUODÉCIMO.- Con fecha 7 de junio de 2004 se notifica a las partes la apertura de un nuevo trámite de audiencia, compareciendo el reclamante para manifestar que las dolencias padecidas son debidas a no haber previsto y valorado la postura en la mesa de operaciones, a lo que habría que unir la demora en el inicio del tratamiento rehabilitador y la falta de información sobre la posibilidad de que la lesión que sufrió se produjera. Por su parte, el Hospital de Molina también comparece, para señalar que la asistencia prestada por dicho centro hospitalario al reclamante fue en todo momento correcta, sin que quepa establecer una relación entre la intervención quirúrgica y las lesiones padecidas por el interesado.

DECIMOTERCERO.- El 18 de julio de 2005 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el

expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por el paciente.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 1 de agosto de 2005 tiene entrada en este Consejo Jurídico oficio del Secretario General de la Consejería de Sanidad (por delegación de la Consejera), solicitando el preceptivo Dictamen, acompañando el expediente administrativo.

DECIMOQUINTO.- El día 6 de febrero de 2006 el Consejo Jurídico emite su Dictamen 20/2006, en el que concluye que procede devolver el expediente para que se complete la instrucción recabando del Hospital de Molina de Segura una copia de la historia clínica correspondiente a la asistencia recibida por el reclamante en dicho centro sanitario.

DECIMOSEXTO.- Completada en dicho sentido la instrucción, se incorpora al expediente la citada historia y se procede a remitir el expediente al Consejo Jurídico para emisión de Dictamen. Examinada la nueva documentación enviada, se advierte que una vez completada la documentación con la historia clínica correspondiente a la asistencia recibida por el reclamante en el Hospital de Molina, no se ha otorgado nuevo trámite de audiencia a los interesados, trámite que es preceptivo según establece el artículo 11.1 RRP, y cuya práctica se señalaba expresamente en la Conclusión de nuestro Dictamen 20/2006, por lo que este Órgano Consultivo, en su sesión de 22 de marzo de 2006, adoptó el Acuerdo 6/2006 en el que se indicaba la necesidad de que se evacuara dicho trámite de audiencia, tras el que debería formularse nueva propuesta de resolución que recogiese las actuaciones incorporadas o, alternativamente, se justificara en el expediente su no necesidad, con nueva remisión del expediente para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

DECIMOSÉPTIMO.- En la historia clínica incorporada como consecuencia de la instrucción complementaria, figura, al folio 201, consentimiento informado suscrito por el reclamante, para la intervención de adenomectomía prostática retropúbica.

DECIMOCTAVO.- Concedido nuevo trámite de audiencia a las partes, la aseguradora Z. no hace uso de él. Sí que comparece el representante del reclamante presentando escrito de alegaciones mediante el que niega eficacia al documento que, como consentimiento informado, figura en la historia clínica remitida por el Hospital de Molina, pues se trataría -afirma- de meros formularios en los que incluso resulta dudosa la autenticidad de la firma de su representado que en nada se parece a la que figura en su DNI, del que acompaña copia. En cualquier caso, continua, en dicho consentimiento no figura el riesgo relativo a la mesa de operaciones. Añade que las dolencias que padece su representado se deben *“a no haber previsto y valorado la postura en la mesa de operaciones, sabiendo el médico que lo operó, que mi representado era taxista y antiguo atleta”*. También incide sobre el agravamiento que supuso el retraso en el inicio del tratamiento rehabilitador.

DECIMONOVENO.- Seguidamente por el órgano instructor se formula nueva propuesta de resolución en la que tras analizar la historia clínica incorporada al expediente y, especialmente, el documento de consentimiento informado, concluye que el daño que el reclamante alega padecer como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fue sometido no reúne el requisito de antijurídico, ya que, según el estado de la ciencia y de la técnica, resultaba imposible conocer que la tendinitis de aductores podría ser una consecuencia de la intervención de prostatectomía suprapúbica y, por lo tanto, tampoco era posible recoger en el consentimiento informado dicha circunstancia. Finaliza ratificándose en su primera propuesta desestimatoria al no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial y, en especial, el de la antijuridicidad.

VIGÉSIMO.- El día 27 de marzo de 2006 tiene entrada en este Consejo un nuevo oficio de la Consejería de Sanidad solicitando la emisión de nuestro Dictamen, acompañando copia de las actuaciones adicionales practicadas.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Plazo de reclamación, legitimación y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año de producido el hecho lesivo que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), fija para la prescripción del derecho a reclamar. Así, aunque la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño se produce el día 4 de noviembre de 2000, es el 28 de agosto de 2001 cuando fue dado de alta por resolución del proceso de tendinitis que sufría (informe del Dr. L. G., obrante al folio 65). Interpuesta la reclamación el día 10 de julio de 2001, es decir, cuando aún no se había producido el alta médica, puede afirmarse la temporaneidad del ejercicio de la acción de responsabilidad.

El Sr. V. C., al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP. Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, con la copia de poder notarial otorgado a favor del letrado Sr. C. S..

En cuanto a la legitimación pasiva, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, corresponde a la Consejería de Sanidad, dando aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto por este Consejo en nuestro Dictamen 65/2002.

Por otro lado, que la intervención se llevara a cabo en el Hospital de M., centro concertado, no altera para nada dicha legitimación. Al respecto cabe recordar la reiterada doctrina de este Consejo Jurídico plasmada en diversos Dictámenes entre los que podemos señalar el 136/2003, en el que se afirmaba:

“Esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y la titularidad del mismo la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la

prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen n.º. 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

Las peculiaridades procedimentales de este expediente radican en el carácter bifásico de su tramitación, puesto que fue iniciado y tramitado por la Administración General del Estado y va a ser resuelto por la Administración regional, tras el traspaso de competencias operadas en la materia. Al sustituirse, por las transferencias de competencias, los órganos competentes para la tramitación y resolución de las reclamaciones, la prosecución de las actuaciones seguidas por parte del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud, al que corresponde la tramitación de estos expedientes según la Resolución del Director Gerente de 25 de enero de 2002 -que si bien no obra en el expediente se cita en la propuesta de resolución-, debería ir precedida, en cada caso, de una Resolución del órgano competente para iniciar e instruir los procedimientos en la citada Entidad de Derecho Público, con la designación del órgano instructor citado y la incorporación de las actuaciones seguidas con anterioridad, siendo notificada al reclamante, que ha de conocer el estado en el que se encuentra el expediente y los nuevos órganos que han de completar la instrucción y resolver su reclamación.

En cuanto al procedimiento seguido por la Administración instructora, una vez incorporada la historia clínica de la asistencia recibida en el Hospital de Molina, puede considerarse que se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RPP.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, ya que, evidentemente, a la Administración sanitaria no se le puede exigir que devuelva la salud a toda persona enferma que llegue a un centro sanitario; lo que sí se le puede exigir es que ponga a disposición del usuario todos los medios humanos y materiales adecuados a cada tipo de dolencia, en un momento dado y de acuerdo con el estado de la ciencia, así como que esos medios funcionen de forma eficaz. La actuación del servicio sanitario no puede dar lugar a lesiones que no entren dentro de las consecuencias normales de un determinado tratamiento o intervención, porque lo que no cabe es que el funcionamiento del servicio añada lesiones innecesarias a la situación propia de cada paciente; la actividad sanitaria es una actividad de riesgo, y aquí es donde debe entrar a funcionar la imputación por funcionamiento normal del servicio, pues así lo exige el artículo 106.2 CE y el artículo 139 LPAC.

En este sentido tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado, han utilizado el criterio de la normalidad de las secuelas o lesiones para denegar el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, o, *sensu contrario*, la anormalidad de aquéllos para estimar la concurrencia de responsabilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 y de 16 de mayo de 2003; y Dictámenes del Consejo de Estado de 7 de octubre de 1993 y de 10 de octubre de 1996).

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

Aduce el reclamante que se le han ocasionado diversos perjuicios derivados de una defectuosa asistencia sanitaria, que ha consistido en una inadecuada colocación sobre la mesa de operaciones, lo que le ocasionó la tendinitis de aductores, así como una posterior actuación negligente al no hacer frente con la debida celeridad a las lesiones que padecía, sufriendo diversos retrasos en la atención recibida, que han demorado el momento de su sanación. A todo ello añade que no se le facilitó información sobre la posibilidad de que dicha lesión se produjera.

Pues bien, invertiremos el orden de las cuestiones planteadas por el interesado a la hora de analizarlas. Respecto de la alegada falta de información, revisado el consentimiento informado suscrito por el paciente se constata que, efectivamente, en él no se menciona como posible riesgo de la intervención la tendinitis de aductores, pero es que esta información difícilmente podía proporcionarse porque la lesión sufrida no puede considerarse –a tenor de las afirmaciones vertidas por los facultativos (entre ellas, las de la Inspección Médica obrantes al folio 100)– como normal en relación con la intervención quirúrgica a la que fue sometido.

Respecto de este documento, es decir, del consentimiento informado y en relación con la imputación del letrado del reclamante de una posible falsificación de la firma de su representado que en aquél figura, cabe indicar que tal imputación no ha sido probada en el presente expediente, cuyo objeto es determinar la reclamación de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de que el reclamante puede ejercer las acciones legales que estime oportunas.

En lo que se refiere a una posible inadecuación y retraso en la atención de la tendinitis, de los informes médicos e historia clínica del proceso de rehabilitación cabe concluir indubitablemente que el paciente estuvo asistido en todo momento de la patología que sufría. En cada una de las visitas que efectuó al servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer fue debidamente atendido, permaneciendo en observación, practicándosele las pruebas que se estimaron pertinentes y prescribiéndole la medicación que en cada momento los facultativos consideraron más adecuada para atajar el dolor que padecía. Consta acreditado que incluso fue ingresado, permaneciendo hospitalizado veintinueve días. Fue atendido en el servicio de traumatología del Hospital Universitario y finalmente se prescribió tratamiento por el servicio de rehabilitación del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, sin que el retraso en el inicio del tratamiento rehabilitador fuese de meses (como afirma el reclamante) sino sólo de un mes y escasos días, sin que se haya probado que esa demora causase un empeoramiento de la lesión sufrida, la cual, por otra parte, no dejó de ser tratada. Por el contrario, lo que sí resulta evidente –según el informe del servicio de rehabilitación y no desmentido por el reclamante– es que este último abandonó el tratamiento rehabilitador al no presentarse a las sesiones de hidrocinesiterapia que le fueron prescritas, circunstancia que, probablemente, pudo influir en la demora que sufrió su total recuperación.

Deberemos ahora abordar la alegada relación de causalidad entre la intervención quirúrgica a la que se sometió el paciente y la lesión por la que reclama: tendinitis de aductores. Ciertamente, en la historia clínica existe constancia de que tras la adenomectomía retropúbica el paciente sufrió una tendinitis de aductores. Cuestión diferente es que esta dolencia deba ser asumida por la Administración sanitaria: de hecho, el examen de la documentación clínica y de los diversos informes médicos incorporados al expediente (entre ellos, el aportado por el reclamante) impiden encontrar un título de imputación adecuado entre el daño aducido y el servicio público sanitario.

En efecto, consta acreditado que la actuación médica desplegada durante la intervención quirúrgica fue correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*, por lo que el daño no resulta antijurídico, existiendo, pues, la obligación de soportarlo. En este sentido la Inspección Médica señala en su informe inicial que “no se ha encontrado ninguna relación entre complicaciones de cirugía abierta de próstata con la lesión de los músculos aductores y de sus tendones”. Asimismo, en informe complementario, afirma que “no hubo una mala praxis en la realización de la intervención quirúrgica” así como que “no queda acreditada la evidencia de que la causa directa de la tendinitis de los músculos aductores sufrida por el paciente, sea de la intervención en sí misma”. Por su parte, el Dr. F. –cirujano que llevó a cabo la adenomectomía retropúbica– indica en su informe que “la distensión de aductores no depende de la táctica o técnica quirúrgica en sí, pues en esta cirugía no se traba en dicha área muscular de miembros inferiores, es una cirugía abdominal, infraumbilical, retropúbica y extraperitoneal”. Incluso el propio perito de parte admite que la dolencia que presenta su cliente no es consecuencia directa del acto quirúrgico.

Recapitulando las consideraciones realizadas, puede concluirse que el daño que padece el reclamante carece de la nota de antijuridicidad que exigen tanto el artículo 141.1 LPAC, “*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos*”, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 23 de mayo de 2003), encontrándose los usuarios de los servicios públicos sanitarios obligados a soportar el daño cuando, como es el presente caso, los intervinientes en la asistencia prestada han actuado conforme a la *lex artis ad hoc*.

Finalmente, también se ha de señalar la influencia que en la dolencia que padece el reclamante han podido tener circunstancias personales totalmente ajenas al funcionamiento del servicio público sanitario. En efecto, tanto el Dr. F. como el Inspector Médico, indican que la configuración muscular previa del reclamante pudo influir en la tendinitis que posteriormente desarrolló.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 112/07.- Interpretación de contrato administrativo instada por D. V. P. R., como consecuencia de los daños sufridos en un autobús de transporte escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 28/08/07

Extracto de Doctrina

La eventual duda que en esta cuestión pudiera plantear el PPT debe resolverse acudiendo al citado TRLCAP y, en concreto, a su antes aludido artículo 161, b), que establece como una de las obligaciones generales del contratista concesionario de la gestión de un servicio público la de “cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo 155”. Este precepto no sólo no se opone, sino que es acorde, con lo que establece la cláusula 18.1.9 PCAP en el sentido de que el transportista o el personal dependiente del mismo no podrá adoptar de forma unilateral ninguna medida sancionadora contra los alumnos usuarios del servicio, pues se refiere a las potestades sancionadoras en sentido estricto, que son de titularidad y ejercicio exclusivamente público, distintas de las instrucciones y órdenes de aseguramiento del servicio a que

se refiere el citado artículo, y que constituyen, más que un derecho, una obligación del contratista, en cuanto es el responsable inmediato de la adecuada prestación del servicio, sin perjuicio, pues, de ulteriores sanciones a los usuarios que la Administración pudiera imponer (prohibición de uso del servicio, multas etc.), una vez se le hubieran comunicado las incidencias habidas; circunstancia ésta que explica la existencia de los “partes de comunicación de incidencias” que, como en nuestro caso, se utilizan habitualmente en esta clase de contratos.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2006 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería consultante una solicitud de reclamación de daños y perjuicios suscrita por el representante de la empresa “A. T. A., S.L.”, en el que señalaba lo siguiente:

“Que con fecha 22 de abril de 2005 y 9 de febrero de 2006, con ocasión de la realización del transporte escolar desde el Instituto de Enseñanza Secundaria Cañada de las Eras y otros de Molina de Segura, en la ruta de salida del centro de las 14:30 horas, los alumnos transportados produjeron los siguientes desperfectos en el piso superior del autocar X, que realizaba la ruta de transporte escolar con código X del IES. CAÑADA DE LAS ERAS, entre los IES de Molina y Ribera de Molina:

22-04-2005. Resquebramiento de la luna delantera superior, destrozo total de una butaca, varios cortes a diversas butacas, varios cortes al techo, varios cortes a diversos respaldos, etc. VALOR. 2.760, 49 Euros.

09-02-2006. Rotura de salpicadero, destrozo de una butaca, diferentes cortes a otras, 3 butacas arrancadas de su rail, rotura de 3 portaequipajes, rotura de 2 rejillas de aire acondicionado, 1 papelera destrozada, rotura de una luz interior, varias pintadas, etc. VALOR. 1.200 Euros.

Aporto los partes que en su día se presentaron en el centro responsable de dicho transporte.

Por todo lo expuesto, SOLICITO: Que de conformidad con la legislación aplicable, se declare la responsabilidad de la administración educativa y se indemnice a la empresa que represento en la cantidad de 3.960, 49 Euros, legalmente actualizada (...).”

Acompaña a dicho escrito copia de otro, presentado en el Registro General de la citada Consejería el 21 de febrero de 2006, en el que comunicaba las incidencias y daños sufridos el 9 de febrero de 2006 (no los del 22 de abril de 2005) a los efectos de “reclamar los daños” (f. 3 y 4 exp.). También adjunta diversas facturas de reparación, que parecen corresponder a daños sufridos en las dos fechas antes mencionadas.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de mayo de 2006, el Secretario General de la Consejería dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha resolución al interesado el 30 del mismo mes. Asimismo, se le comunicó la obligación de acreditar la representación de la empresa “A. T. A., S.L.”, presentando aquél el 12 de junio de 2006 copia de escritura de constitución de dicha sociedad limitada en la que se le nombra como administrador único.

TERCERO.- Con fecha 26 de mayo de 2006, se solicita informe al Director del Centro sobre todas aquellas circunstancias que concurrieron en los hechos.

Dicho informe, emitido el 7 de junio, señala lo siguiente:

“Con fecha 10 de febrero de 2005, (debe decir “2006”) a primera hora de la mañana, recibí una llamada telefónica de D. V. P. R., responsable de la empresa A. T. A. S.L. Empresa que realiza la ruta de transporte escolar X, habitualmente en un autocar de doble piso, en el que aparte de los alumnos transportados solo va el conductor. No hay, por tanto, ningún acompañante o responsable que garantice el necesario orden en el interior del vehículo. Los alumnos transportados pertenecen a los tres IES del Municipio de Molina de Segura y, al ser de Educación Secundaria Obligatoria, sus edades están comprendidas entre los 12 y los 16 años de edad.

D. V. P. R. me comunicó que el día anterior en el servicio de vuelta, los alumnos, presumiblemente, habían realizado una serie de destrozos en el piso superior del autocar, y me pidió que si era posible me acercara a las cocheras de la empresa para comprobar la veracidad de sus afirmaciones antes de que procediera a la limpieza y arreglo de dichos desperfectos.

Personalmente comprobé esa misma mañana que los destrozos presuntamente realizados por los alumnos transportados se correspondían con los que verbalmente me había comunicado D. V. P. R. y que posteriormente hizo llegar por escrito en un parte de incidencias al registro de entrada del instituto con fecha de 21 de mayo de 2006.

El conductor del autobús había retirado el carné escolar a los alumnos que, según él, habían sido los principales responsables de los hechos de los que tratamos, siendo éstos los siguientes:

*J. M. M.
M. Á. P. V.
J. C. H. M..
E. G. V.
J. G. R..*

Interrogados los alumnos mencionados y otros que se encontraban presentes en el piso superior del autocar, la conclusión a la que llegamos el Jefe de Estudios del Instituto y yo mismo fue que: efectivamente el día 9 de febrero de 2005 (debe decir “2006”), posiblemente como represalia por el retraso del autobús (hecho que desde ningún punto justifica los hechos) en el piso superior del autobús de manera bastante generalizada, una serie de alumnos realizaron los desperfectos antes mencionados, sobre otros que ya se habían realizado en días anteriores. Posiblemente los cabecillas fueron los alumnos anteriormente citados, pero no conseguimos testimonios de sus compañeros que nos permitan asegurarlo.

El conductor del autobús difícilmente pudo ver a los autores de los hechos, pues éstos se realizaron en la parte superior y con el autobús en marcha.

Al producirse estos hechos en la ruta de transporte diaria, no iban acompañados de ningún profesor, a diferencia de las actividades extraescolares, en las que siempre los alumnos van acompañados de uno o dos profesores responsables de dicha actividad (...).”

Posteriormente, con fecha 7 de julio de 2006, se recibe en la Consejería un fax del Director del Centro en el que corrige dos erratas producidas en el anterior informe, señalando lo siguiente: “*se han detectado dos errores en las fechas citadas; donde se lee con fecha 10 de febrero de 2005” debía poner, con fecha 10 de febrero de 2006. Igualmente, donde se lee: 9 de febrero de 2005, debía poner 9 de febrero de 2006*”.

CUARTO.- El día 19 de junio se solicita al Parque Móvil que se pronuncie sobre si las facturas que presenta el reclamante son ajustadas a los precios de mercado y sobre la relación causa-efecto entre los hechos producidos y los daños que alega el reclamante. En su informe de 29 de junio de 2006, el Jefe de Taller del Parque Móvil señala que la factura se ajusta a los precios reales de mercado y que, en cuanto a la conexión causa-efecto, no lo puede dictaminar basándose sólo en la reclamación, si no se realiza una peritación de los daños previamente a su reparación.

QUINTO.- Mediante oficio de 7 de julio de 2007 se procedió a la notificación al reclamante de la apertura de un trámite de audiencia, al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, requiriéndole, además, para que aportara copia del seguro del autocar y una declaración responsable sobre si había cobrado alguna cantidad del seguro por los daños sufridos. Dicho intento de notificación fue infructuoso, consiguiéndose la notificación con fecha 17 de octubre de 2006.

SEXTO.- El 3 de noviembre de 2006 el interesado presenta escrito al que adjunta la declaración requerida y copia de la póliza del seguro del autobús.

SÉPTIMO.- Seguidamente, obra en el expediente un oficio de 24 de junio de 2005 del Director del citado centro escolar mediante el que, en tal fecha, remitía a la Consejería consultante el escrito de “*comunicación de incidencias empresa/centro*”, suscrito por el transportista el 31 de mayo anterior, y en el que, como así indicaba el encabezamiento de tal escrito, se limitaba a comunicar la producción de los daños ocurridos el 22 de abril de 2005.

OCTAVO.- Obra en el expediente copia del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen los contratos de transporte escolar de la Consejería de Educación y Cultura para el curso escolar 2003-2004 (f. 69 a 91 exp.), así como del documento “*características particulares de la ruta*” que, como anexo al contrato, es aplicable al transporte escolar en el que ocurrieron los hechos por los que se reclama (f.92), al igual que la Orden del Consejero por la que se prorrogan todos los contratos para el curso académico 2005-2006 (f. 93 y 94 exp.).

NOVENO.- El 21 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación. En síntesis, considera, por un lado, que los daños producidos el 22 de abril de 2005 fueron reclamados con la “*solicitud*” presentada en junio de ese año, por lo que se consideran reclamados en plazo, al igual que los producidos el 9 de febrero de 2006, indicando que se ha procedido a la acumulación de ambas reclamaciones y a su resolución conjunta; en cuanto al fondo del asunto, considera que el transporte escolar de referencia no es una actividad escolar, extraescolar o complementaria a las que se refiere el artículo 1903, 5º párrafo, del Código Civil, sino un servicio que presta la Consejería mediante un contrato de transporte, regido por el derecho administrativo y por el principio de riesgo y ventura para el contratista, además de que, aun cuando por la edad de los escolares transportados (de 12 a 16 años), no fuese obligatoria la presencia

en el autobús de un acompañante, cuando sí lo es, su contratación y acreditación corresponde al contratista, según el PPT que rige el contrato. Además, considera de aplicación el artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Ley 2/2000, de 16 de junio, que sólo hace responsable a la Administración de los daños causados como consecuencia inmediata y directa de una orden suya, lo que no es el caso, debiendo el interesado reclamar a los padres de los alumnos autores de los referidos daños.

DÉCIMO.- El 29 de noviembre de 2006 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Consejero de Educación y Cultura solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento calificado por el órgano consultante como de responsabilidad patrimonial, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 2 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), sin perjuicio de lo que se dirá seguidamente sobre el fundamento contractual de la reclamación de que se trata y de la preceptividad del Dictamen con base en los artículos 59.3, a) TRLCAP y 12.7 LCJ.

SEGUNDA.- Legitimación, procedimiento y plazo.

I. El reclamante está legitimado para formular la pretensión resarcitoria objeto de Dictamen, en cuanto resulta ser el perjudicado por los daños cuya indemnización reclama. La Consejería de Educación y Cultura debe resolver dicha reclamación, pues se alega que los daños fueron producidos por escolares cuya guarda y custodia el reclamante implícitamente parece atribuir a la Administración regional, al ser transportados por el mismo por cuenta de la Consejería a la que le reclama.

II. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, puede afirmarse que, en lo sustancial, se ha seguido lo establecido al respecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y su normativa de desarrollo.

III. Por lo que se refiere al plazo para reclamar los daños a que se refiere la instancia promotora del presente procedimiento, debe distinguirse entre los daños que el reclamante dice ocasionados el 22 de abril de 2005 y los del 9 de febrero de 2006 pues, presentada dicha instancia el 8 de mayo de 2006, para los primeros habría transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC. Ello sería así porque lo que la propuesta de resolución considera como un escrito de solicitud de reclamación de daños (de junio de 2005), es simplemente una mera comunicación de incidencias que no contiene pretensión indemnizatoria alguna (f. 67 y 68 exp.), a diferencia de lo que ocurrió con el posterior escrito del interesado, presentado el 21 de febrero de 2006, en el que, respecto de los daños producidos el 9 de febrero de 2006, manifestaba que la comunicación de los mismos se hacía a los efectos de reclamar su importe (f. 3 exp.).

De esta manera, los únicos escritos del interesado que pueden considerarse como reclamaciones de daños son el presentado el 21 de febrero de 2006, ya citado, limitado a los daños ocasionados el 9 de ese mes y año, y el presentado el 8 de mayo de 2006 y que ha dado lugar a la incoación del presente procedimiento, en el que se reclaman los daños producidos en ambas fechas. Por ello, cabe hablar de la acumulación de estas dos instancias, pero no de la simple comunicación contenida en el escrito presentado en junio de 2005.

Sin embargo, la relación contractual que liga al reclamante con la Administración, y el hecho de que los daños por los que se reclama se alegan producidos con ocasión de la prestación del servicio de transporte contratado, permite sostener el fundamento contractual de la pretensión indemnizatoria, si se considera que se ha de dilucidar a la vista de las obligaciones estipuladas en el referido contrato entre contratista y Administración sobre la guarda y custodia de los alumnos transportados, lo que llevaría a entender que el plazo de la acción resarcitoria es el aplicable a las reclamaciones de índole contractual, que es el establecido en la legislación administrativa presupuestaria (STS, Sala 3ª, de 26 de enero de 1998 y de 31 de enero de 2003, entre otras), es decir, el de cinco años, ex artículo 25.1, a) del vigente Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma (Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre), lo que permitiría considerar temporánea la reclamación por los daños producidos en el año 2005.

Desde esta perspectiva, es decir, partiendo de la índole contractual de la reclamación, la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico vendría justificada por tratarse de un supuesto de discrepancia entre contratista y Administración sobre la interpretación de un contrato administrativo y sobre el alcance de las obligaciones contractuales asumidas por las partes en el punto debatido (arts. 59.3, a) TRLCAP y 12.7 LCJ).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Aun cuando las reclamaciones objeto de Dictamen carecen de toda argumentación jurídica que permita su análisis, cabe deducir de ellas que el considera que, conforme al contrato de transporte escolar suscrito con la Consejería, no le corresponde al mismo, sino a ésta, la vigilancia y cuidado de los alumnos durante el transporte, considerando con ello que es la Administración por cuya cuenta realiza el servicio quien debe responder por los daños que aquéllos causaron en el autobús, en cuanto no le era exigible a la empresa la presencia de un acompañante que se encargase de la vigilancia de los alumnos transportados. Frente a ello, la propuesta de resolución opone, en síntesis, que no le corresponde a la Consejería el cuidado y vigilancia de los alumnos durante una actividad, la del transporte regular de los alumnos desde sus domicilios al centro escolar, que no puede calificarse como actividad escolar, extraescolar o complementaria, por lo que no se está ante ninguno de los supuestos previstos en el artículo 1903, 5º párrafo, del Código Civil, siendo por el contrario el de transporte un servicio que el contratista realiza a su riesgo y ventura, a virtud de un contrato en el que se estipula que los acompañantes de los alumnos durante estos transportes diarios en las jornadas lectivas deberán ser acreditados y de cuenta del transportista, tanto si su presencia es obligatoria como si no lo es. Y se añade que, existiendo un contrato administrativo, es de aplicación el artículo 97 TRLCAP y, por tanto, la responsabilidad no incumbe a la Administración contratante.

En este contexto, debemos partir del hecho indiscutido de que, en los servicios en cuestión, la presencia de acompañante no era obligatoria, pues así se establece en el

documento “*características particulares del contrato*” anexo al contrato obrante al folio 92 del expediente, lo que resulta correcto, en tanto se transportaban alumnos de entre 12 y 16 años, no concurriendo ninguno de los supuestos de obligatoriedad de acompañante previstos en el artículo 8 del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, regulador de las condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.

Planteado así el supuesto, para la resolución de la cuestión debatida, este Consejo Jurídico considera que debe tenerse en cuenta lo siguiente.

II. En primer lugar, resulta esencial destacar que no se trata en este caso de determinar quién es el responsable frente a terceros de unos daños causados por unos alumnos, pues el dañado no tiene la cualidad de “*tercero*” a que se refiere el invocado artículo 97 TRLCAP, sino que es, justamente, una de las partes de la relación contractual que liga a empresa transportista y Administración que le encarga estos servicios. Ello supone la inaplicabilidad del citado precepto, que regula exclusivamente la responsabilidad por daños a terceros con ocasión de la ejecución de un contrato administrativo, pero no al propio contratista, cuestión para la que hay que estar a los términos del contrato suscrito.

En este punto, debe señalarse que el contrato en cuestión es calificado por la cláusula 1 del PCAP que lo rige como un contrato administrativo especial de los regulados en el artículo 5.1, b) TRLCAP, es decir, los que tienen un objeto distinto al de los contratos administrativos típicos, pero que está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante. Para justificar tal calificación, la citada cláusula alude al artículo 65 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), que se limita a hacer referencia a un determinado supuesto en el que las Administraciones educativas deben prestar gratuitamente los servicios escolares de transporte, comedor y, en su caso, internado, sin mención alguna a la forma jurídica de tal prestación de servicios. Similar regulación contiene el artículo 82.2 de la hoy vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

En lo que atañe a la calificación jurídica de esta clase de contratos, debe decirse que el examen de la doctrina y la jurisprudencia revela que no existe una posición sólida y uniforme, considerando esta última unas veces que se está ante un contrato de gestión de servicios públicos (STS, Sala 3ª, de 7 de diciembre de 2000), otras ante un contrato administrativo de servicios de los regulados en el artículo 197.3 LCAP (STSJ de Andalucía, Granada, de 18 de noviembre de 2002) y otras aceptan sin más la calificación de contrato administrativo especial que se establece en el respectivo PCAP (STSJ País Vasco de 18 de noviembre de 2005). En todo caso, lo que resulta indiscutido es que la Administración presta un servicio por razón de las competencias que tiene atribuidas en materia educativa (aunque no se trate, como se analizará a continuación, de una actividad educativa, sino de un servicio complementario de ésta), lo que lleva a la consideración de que se está ante la prestación de un servicio público, normalmente de forma indirecta, es decir, por medio de una empresa contratada al efecto. Y es esta apreciación la que lleva a los Tribunales a aplicar a esta clase de servicios, cuando son contratados por la Administración y para solucionar diversos supuestos litigiosos, las reglas y criterios expresamente establecidos para el contrato típico de gestión de servicios públicos, aunque el contrato no estuviera así calificado específicamente. La citada STS de 7 de diciembre de 2000 señala que “*al tratarse de transporte escolar estamos ante un supuesto de concesión, con las consecuencias que ello supone en cuanto a la imputación de responsabilidad a la concesionaria*”. Y la citada STSJ País Vasco de 18 de noviembre de 2005, en un contrato calificado

expresamente de la misma forma que el que nos ocupa, y respecto a una reclamación indemnizatoria planteada por un licitador al que indebidamente no se le adjudicó el contrato de transporte escolar, considera que debe ser indemnizado con el importe del beneficio industrial dejado de obtener, es decir, de igual modo a como se viene estableciendo para los típicos contratos de gestión de servicios públicos.

Quizá las dudas sobre la más adecuada calificación jurídica del contrato de transporte escolar dentro de la tipología establecida en el TRLCAP puedan provenir de la diferencia que hace la normativa educativa entre lo que podría calificarse, de modo general, como actividades públicas educativas (en las que se incluirían las actividades escolares propiamente dichas y las denominadas en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, como actividades “*extraescolares*” y actividades “*escolares complementarias*”, respectivamente), frente a lo que en el artículo 4 de dicho Real Decreto se denominan “*servicios*” (no “*actividades*”) “*complementarios*” de los centros, entre los que cita el de transporte escolar (gratuito o no para el alumno), comedor, gabinete médico o psicopedagógico o cualquier otro de naturaleza análoga.

Sin embargo, el hecho de que estos últimos sean, más que “*actividades*” de los alumnos, “*servicios*” que presta la Administración educativa, no oscurece el que se trate de servicios públicos, en un sentido amplio del concepto y, por tanto que, cuando efectivamente los presta la Administración mediante gestión indirecta, deban aplicarse, en las relaciones “*inter partes*” y para solucionar cuestiones como la que nos ocupa, las reglas y criterios propios de los contratos de gestión de servicios públicos, en todo aquello que no esté expresamente pactado en el clausulado particular del contrato. En esta línea, la STSJ Galicia de 14 de septiembre de 2005 alude a “*la potestad de policía (poderes de dirección, inspección y control) para asegurar la buena marcha del servicio de transporte escolar, como complementario del servicio público educativo, que a la Administración corresponde como gestora de los intereses generales y en uso de una de las prerrogativas que le compete en los contratos públicos que celebra (...)*”.

De esta forma, y como vamos a ver, son el PCAP y el PPT del contrato, completados con el artículo 161, b) TRLCAP, aplicado supletoriamente, el cuerpo normativo de referencia para dilucidar la reclamación planteada, y no el artículo 97 TRLCAP (por no tratarse de una reclamación de un tercero, según se dijo), ni tampoco el 1903 CC, pues, en contra de lo que argumenta la propuesta de resolución, el hecho de que en dicho precepto sólo se contemplen las “*actividades*” escolares, extraescolares y complementarias de los alumnos, pero no los “*servicios*” complementarios prestados a éstos, no permite excluir de responsabilidad, sin más, a los centros docentes, si ésta fuera exigible a dichos centros en atención a las reglas y criterios que, en materia de responsabilidad, deban aplicarse en cada momento cuando se esté ante la prestación indirecta de un servicio público.

III. Aplicadas las precedentes observaciones al caso que nos ocupa, se advierte que en la cláusula 3.1 del PPT del contrato se establece que la contratación y acreditación del acompañante encargado de la vigilancia y cuidado de los menores durante su transporte corresponde al transportista, y ello sea o no obligatoria la presencia de dicho acompañante en el servicio de que se trate. Por tanto, vista la no obligatoriedad de su presencia según se razonó en el epígrafe I, si el transportista opta por no incorporar dicho acompañante, está asumiendo voluntariamente los riesgos que para él mismo puede acarrear tal circunstancia, tanto si su ausencia da lugar a que los alumnos causen daños al vehículo como si éstos causan daño a terceros (incluidos otros alumnos), si bien, en este último caso, sin

perjuicio de la eventual responsabilidad de la Administración frente a dichos terceros por razón de su condición de Administración contratante del servicio y de la eventual acción de repetición que ésta pudiera dirigir a aquél (según el criterio jurisprudencial), o bien, claro está, de la responsabilidad que le pudiera ser exigida directamente a la empresa por dichos terceros (extremo este último que explica que la cláusula 2.2 del PPT exija al contratista la contratación de un seguro que cubra de forma ilimitada su responsabilidad civil por los daños que se pudieran causar a terceros con ocasión de la realización del transporte).

A la anterior conclusión no obsta el que en la citada cláusula 3.2, tercer párrafo, sólo se haga referencia a que, en el caso de transportes de alumnos sin acompañante, el conductor deberá vigilar y ordenar el acceso y abandono de los mismos del vehículo, pues, en todo caso, y conforme dispone la cláusula 1, serán de aplicación supletoria el TRLCAP y demás normas de derecho administrativo. En este punto, la eventual duda que en esta cuestión pudiera plantear el PPT debe resolverse acudiendo al citado TRLCAP y, en concreto, a su antes aludido artículo 161, b), que establece como una de las obligaciones generales del contratista concesionario de la gestión de un servicio público la de *“cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo 155”*. Este precepto no sólo no se opone, sino que es acorde, con lo que establece la cláusula 18.1.9 PCAP en el sentido de que el transportista o el personal dependiente del mismo no podrá adoptar de forma unilateral ninguna medida sancionadora contra los alumnos usuarios del servicio, pues se refiere a las potestades sancionadoras en sentido estricto, que son de titularidad y ejercicio exclusivamente público, distintas de las instrucciones y órdenes de aseguramiento del servicio a que se refiere el citado artículo, y que constituyen, más que un derecho, una obligación del contratista, en cuanto es el responsable inmediato de la adecuada prestación del servicio, sin perjuicio, pues, de ulteriores sanciones a los usuarios que la Administración pudiera imponer (prohibición de uso del servicio, multas etc.), una vez se le hubieran comunicado las incidencias habidas; circunstancia ésta que explica la existencia de los *“partes de comunicación de incidencias”* que, como en nuestro caso, se utilizan habitualmente en esta clase de contratos.

CUARTA.- Consideración adicional.

Las precedentes conclusiones no se ven desvirtuadas por el hecho de que pudiera considerarse que el PPT y PCAP adolecen de la necesaria claridad en la determinación de la parte que debe soportar daños como los que son objeto de reclamación, es decir, los causados por los usuarios en el vehículo que los transporta cuando no es obligatoria para el transportista la presencia de un acompañante. Ciertamente, hubiera sido deseable (y así lo recomienda este Consejo Jurídico para el futuro) que en el PPT y/o PCAP se hubiera incluido una expresa referencia a estos supuestos, que pudieran no ser infrecuentes. En este sentido, y frente a una hipotética imputación a la Administración (responsable de la elaboración de los referidos documentos contractuales) de una clara especificación en los mismos del régimen de vigilancia y control del alumnado en estos supuestos, se oponen dos circunstancias de indudable relevancia:

a) En primer lugar que, tratándose de un contrato administrativo, el ordenamiento jurídico público prevé la posibilidad de que el contratista promueva un procedimiento administrativo sobre la interpretación de las respectivas obligaciones contractuales. Así lo prevé el artículo 97 del Reglamento de la LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001,

de 12 de octubre, resultando preceptivo el Dictamen de este Consejo Jurídico cuando existieran discrepancias entre Administración y contratista (artículo 59.3, a) TRLCAP en relación con el 12.7 LCJ, ya citados en la Consideración Primera de este Dictamen).

b) En segundo lugar, porque el contrato se adjudica a una entidad profesional del sector, que se dedica a realizar con habitualidad estos servicios, los cuales, además, tienen carácter regular (se trata de transporte regular de escolares), lo que exige de tal empresa una especial diligencia a la hora de velar porque las condiciones de prestación del servicio queden delimitadas lo más claramente posible, en aras a evitar perjuicios no contemplados al comenzar la realización de su actividad y adoptar, en su caso, las medidas jurídicas, técnicas y económicas que procedan.

En el caso que nos ocupa, la empresa se limitó, en un primer momento, según se relató en los Antecedentes, a comunicar simplemente a la Consejería una incidencia en la prestación del servicio, lo que podía haber motivado por parte de ésta, a lo sumo, la incoación de un expediente para determinar la viabilidad jurídica de imponer alguna clase de sanción a los responsables de los daños, según el razonamiento antes expuesto; y posteriormente se limitó a presentar las reclamaciones objeto del presente procedimiento, sin mayor alegación.

Por todo lo expuesto, se estima que la Administración regional no es responsable de los daños cuya indemnización reclama el contratista, sin perjuicio, claro está, de las acciones civiles que éste pueda ejercitar contra los padres o tutores de los alumnos presuntamente responsables de dichos daños.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las reclamaciones objeto del presente procedimiento tienen un fundamento contractual, por las razones expresadas en las Consideraciones Primera y Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Procede desestimar las reclamaciones indemnizatorias de referencia, por no resultar la Administración regional responsable de los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen. En atención a lo expuesto, la propuesta de resolución se informa favorablemente en su parte dispositiva, si bien su fundamentación jurídica debería modificarse para recoger, al menos en síntesis, las Consideraciones contenidas en el presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 113/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. J. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 30/08/07

Extracto de Doctrina

Tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 20/12/02, dirigido al Instituto Nacional de la Salud, luego remitido al Servicio Murciano de Salud (SMS), D. F. J. M. solicitó ser indemnizado en la cantidad legalmente establecida por daños que estima que son imputables a la Administración sanitaria. A estos efectos, afirma que el 21 de Diciembre de 2.001 fue ingresado en el Hospital Santa María del Rosell, procedente del Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca, en el que había permanecido 18 días tras haber sufrido una hemorragia cerebral, y que el juicio clínico tras la intervención quirúrgica en este último Hospital fue hemorragia cerebral espontánea, hipertensiva, en ganglios basales izquierdos, abierto a sistema ventricular, hidrocefalia aguda postraumática, resuelto con drenajes ventriculares temporales, hipertensión arterial. Señala que pese a haber llevado personalmente un control de su hipertensión, las cifras han sido siempre anómalas, y que tras numerosas visitas al médico de cabecera, conociendo éste su problema y riesgos, no puso remedio efectivo al mismo, pese a su insistencia en ser reconocido por un especialista, y ha tenido que acudir en diversas ocasiones a Urgencias por subidas inesperadas de tensión, por no ser efectivo el tratamiento prescrito por el médico de cabecera. Considera que la grave hemorragia cerebral sufrida y las terribles secuelas que padece han sido provocadas por la ausencia de un control médico efectivo, a pesar de su insistencia, y no haberle sido prescrita la medicación adecuada por parte de la atención primaria y del médico de cabecera. Con su escrito no aporta ninguna documentación.

SEGUNDO.- Mediante Resolución del Director Gerente del SMS de fecha 25/6/03 se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, notificándose dicha admisión al reclamante en fecha 26/6/03.

TERCERO.- Solicitada la historia clínica del reclamante en el Hospital “Santa Maria del Rosell” de Cartagena, es remitida por su Director Gerente mediante oficio de 7/7/03 (f. 17 a 45 exp.).

CUARTO.- Solicitada la historia clínica del reclamante en la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena, es remitida mediante oficio de su Director Gerente de fecha 9/7/03 (f. 46 a 81 exp.).

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 16/07/03, el reclamante cumplimenta el requerimiento efectuado en su día por la instrucción y aporta diversos documentos de su

historia clínica en su Centro de Atención Primaria (CAP) de Cartagena, informe de alta de su estancia en el Hospital “Santa María del Rosell”, certificado de rentas 2002, expedido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y propuesta-dictamen sobre petición de reconocimiento de grado de minusvalía, formulada por el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia; asimismo, solicita que sea incorporada al expediente su historia clínica en el citado Hospital de Cartagena y en el Hospital “Los Arcos” de Santiago de la Ribera, y la práctica de prueba testifical en la persona de su esposa e hijos. Reitera las alegaciones efectuadas en su escrito inicial, y que ha tenido que costearse el tratamiento rehabilitador tras la hemorragia cerebral, necesitando para las tareas cotidianas la ayuda de una tercera persona, habiendo sufrido la unidad familiar una reducción de ingresos.

SEXTO.- Mediante oficio de 5/9/03, el Director Gerente de Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” remite la historia clínica del reclamante allí existente (f. 91 a 107 exp.), y un informe, a la vista de la reclamación, emitido por el Servicio de Neurocirugía en que fue atendido, que expresa lo siguiente:

“Primero, que efectivamente este paciente fue ingresado el 04/12/01 por una hemorragia cerebral e intervenido el mismo día de una hemorragia cerebral. En la historia clínica realizada en la puerta de Urgencias, entre los antecedentes personales se encuentra como antecedente hipertensión arterial, y cuando se le tomó la tensión en urgencias el paciente presentaba una tensión de 19/13. Tras haber sido atendido en nuestro Servicio y no teniendo que realizársele más cuidados neuroquirúrgicos, el paciente es trasladado a un hospital de cuidados medios, el cual se realizó en 21/12/01, siendo ingresado en el Servicio de Neurología del hospital “Sta. M.ª del Rosell”.

Con respecto al segundo punto del demandante, (en) el informe realizado en el momento del alta, el juicio clínico fue de accidente vascular cerebral hemorrágico en ganglios basales izquierdos e hidrocefalia posthemorrágica, y en ningún momento nosotros hemos puesto que la hemorragia cerebral fuera de origen hipertensivo, ya que nosotros reseñamos en los antecedentes personales que el paciente era hipertenso.

Con respecto al punto tercero, nosotros desconocemos antes de que ingrese el paciente cuántas veces es visto por su hipertensión y qué tipo de medidas han sido tomadas antes de su ingreso en nuestro hospital.

Con respecto al punto 4º, desconozco las veces que ha sido atendido en urgencias porque en el momento de su ingreso aquí no teníamos ningún informe de haber sido valorado en urgencias.

Respecto al 5º punto, en primer lugar no se puede afirmar de forma categórica que la hemorragia cerebral sufrida por el paciente fuera debida a una subida de tensión arterial. Nosotros como neurocirujanos atendimos al paciente de su hemorragia, controlamos su tensión arterial, que puede estar alta tras haber sufrido una hemorragia cerebral, aunque también hemos atendido y operado hemorragias cerebrales en donde las cifras de tensión arterial están normales y en el informe de traslado a cuidados medios insistimos en que se le vigile su tensión arterial y se le pone tratamiento para la tensión.”

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 12/11/03, el Jefe de la Unidad Técnica de Admisión y Documentación Sanitaria del Hospital “Los Arcos” remite la historia clínica del reclamante allí existente (f. 118 al 151 exp.), e informes de los facultativos que lo atendieron en el mismo, destacándose los relativos a las asistencias previas a la citada hemorragia cerebral:

– Informe de 3/11/03 del citado Jefe de la Unidad Técnica de Admisión, emitido por éste en ausencia del Dr. A. (que atendió al paciente en el Servicio de Urgencias el 2/08/01), que señala lo siguiente:

“D. F. J. M. fue atendido en urgencias del Hospital Los Arcos el día 2/08/2001. Consultó porque su médico de cabecera lo remitió a este hospital, por una crisis de hipertensión arterial refractaria a tratamiento con dos CAPOTEN sublinguales y una ampolla intramuscular de SEGURIL.

El Dr. A. escribe en los antecedentes personales del paciente, que no tiene alergias medicamentosas conocidas, que es hipertenso y está en tratamiento para ello con KALPRES PLUS (1 comprimido/12 horas). Que tiene psoriasis y sigue para ello un tratamiento con Acitretino desde un mes antes. Este tratamiento para la psoriasis lo había tomado 2 años antes, pero se lo habían suspendido porque le subió la tensión arterial.

El Dr. A. redacta en la enfermedad actual, que el paciente es remitido por hipertensión arterial y que está asintomático. En el diagnóstico figura una tensión arterial de 162/114 y le recomienda en el tratamiento que se revise la medicación que lleva para la tensión.”

– Informe de 3/11/03, de la Médico Adjunta del Servicio de Urgencias, sobre la asistencia prestada el 4/12/01:

“La abajo firmante, como adjunta del Servicio de Urgencias, informo que atendí a Don F. J. M. el día 4 de Diciembre de 2001. Fue traído por un compañero de trabajo por presentar de forma súbita caída al suelo sin pérdida de conciencia ni movimientos tónico-clónicos con afasia y pérdida de fuerza en hemicuerpo derecho.

Como antecedentes personales destacaba: Hipertensión arterial, Psoriasis y ser fumador de 1 paquete/día.

A la exploración física se apreciaban pápulas generalizadas con descamación y sin signos de sobreinfección, en la exploración neurológica se apreciaban pupilas levemente reactivas en posición media, facial derecho y disminución de fuerza en hemicuerpo derecho, en el resto de exploración por aparatos normal. Destaca entre las constantes TA: 200/130.

Se realizó ECG, analítica y Rx de tórax, descartando otras patologías. Ante la sospecha de Accidente Cerebrovascular Agudo, lo remití al Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, para realizar TAC craneal, debido a que en ese momento en nuestro hospital carecíamos de dicha técnica diagnóstica.”

– Informe de 10/11/03, del Servicio de Dermatología, que expresa lo siguiente:

“Paciente que acudió por primera vez a consulta de dermatología el 13 de septiembre del 2000 por cuadro de psoriasis pustuloso generalizado. Se pensó en instaurar tratamiento sistémico, pero dado el historial del servicio de dermatología del hospital P. E. de B., donde constaba que la Ciclosporina oral se había suspendido por HTA, el Metotrexato le producía intolerancia gástrica y el Acitretino era poco eficaz, se intentó controlar con tratamiento tópico (emolientes, corticoides tópicos y queratolíticos), con el cual mejoró.

En junio del 2001 acude con otro nuevo brote de psoriasis generalizada, casi eritrodérmico, que precisó tratamiento con Neotigason (acitretino) a dosis de 50 mgr/día, presentando una considerable mejoría en el plazo de un mes. Al disminuir la dosis a 35 mgr/día

la psoriasis comenzó a extenderse de nuevo, aumentando de nuevo a dosis de 50 mgr/día. La analítica previa al tratamiento y las posteriores de control no presentaron en ningún momento alteraciones; en ningún momento le fue controlada la tensión arterial, dado que, a diferencia de la Ciclosporina, el Acitretino no influye en la misma.

El paciente fue revisado en consulta de Dermatología por última vez el 27 de agosto del 2001. No acudió a las siguientes revisiones.”

OCTAVO.- Solicitado informe a la Inspección Médica de la Consejería de Sanidad, fue emitido el 6/2/04, en el que el Inspector Médico, a la vista de los antecedentes, expresa lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

- *Don F. J. M. es un paciente diagnosticado de hipertensión desde hace más de 10 años.*
- *Estaba siendo tratado por su psoriasis en el Hospital de B. desde 1990. Según consta en el informe, se tuvo que suspender el tratamiento con ciclosporina A, por hipertensión.*
- *Desde noviembre de 1998, es controlado periódicamente en el Centro de Salud, al ser incluido en el programa de HTA, constando en su historia clínica los valores de la misma y analíticas realizadas. Estos controles llegan a ser semanales, en etapas de descompensación.*
- *El control de la tensión arterial es una práctica corriente que se realiza en Atención Primaria. En los casos de pacientes con hipertensión, se les incluye en un programa de control específico, sin que pueda considerarse que es una patología que habitualmente requiera derivación al especialista.*
- *Cuando es atendido en Urgencias del H. Los Arcos, derivado por su médico de cabecera en el mes de agosto de 2001, por una crisis hipertensiva refractaria al tratamiento, estaba tomando desde un mes antes medicación para la psoriasis, lo que anteriormente ya le había producido incremento de la tensión arterial.*
- *El Dr. L. H., neurocirujano de HUVA que atendió al paciente durante su ingreso, manifiesta “...no se puede afirmar de forma categórica que la hemorragia cerebral sufrida por el paciente fuera debida a una subida de tensión arterial...”.*

CONCLUSIONES

- *La hipertensión arterial es una patología que se trata habitualmente en el nivel de Atención Primaria. No existe ninguna responsabilidad de su médico de cabecera por no derivarlo a un “especialista”, a petición del paciente. El médico de cabecera especialista en Medicina familiar y Comunitaria, está perfectamente capacitado para su tratamiento.*
- *El paciente estaba siendo controlado por su problema de hipertensión, estando incluido en un programa específico para ello. En los casos de descompensaciones refractarias al tratamiento, era derivado a Atención Especializada como sucedió en agosto y diciembre de 2001. Existía por tanto un control del paciente.*

- *No considero responsable a su médico de cabecera de la ineffectividad del tratamiento, ya que tampoco está demostrado el correcto cumplimiento del mismo por parte del paciente.*
- *No se puede afirmar con total certeza que la hemorragia cerebral que sufrió en diciembre de 2001, fuese debida a una crisis hipertensiva.”*

NOVENO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente al reclamante y a Z. E., S.A., entidad aseguradora del SMS, el primero presentó escritos de fecha 31/3 y 7/7/04 en los que viene a reproducir lo expresado con carácter general en sus escritos anteriores, sin mayor concreción, y aporta Dictamen de fecha 2/6/03 de la Unidad de Valoración del ISSORM en el que se evalúa su minusvalía en un grado de 79 puntos, e informe de 6/4/04 del Servicio de Rehabilitación del Hospital “Los Arcos”, sobre las secuelas que padece.

Por su parte, la citada entidad Aseguradora presentó un Dictamen médico, fechado el 16/4/06, en el que, entre otras consideraciones, expresa lo siguiente:

“El caso que nos ocupa es un paciente hipertenso de larga evolución (unos 20 años). De forma correcta se le incluye en el programa del paciente hipertenso en el centro de salud en 1998, imaginamos que porque o no existía dicho programa con anterioridad o el paciente no consultaba en dicho centro. Este programa incluye una serie de actuaciones protocolizadas (folio 48). Durante su seguimiento el paciente recibe diversos fármacos manteniendo siempre (salvo durante un mes en octubre del 1999) terapia de combinación con inhibidores de la enzima convertidora de la angiotensina (IECA) o antagonistas de los receptores de la angiotensina II, asociados a diuréticos. Este es un tratamiento plenamente aceptado por las recomendaciones de consenso. El seguimiento del paciente en la consulta es irregular, siendo éste un aspecto probablemente achacable al propio paciente. En cuanto al control de las cifras de tensión arterial de las que disponemos no son adecuadas, pero dicha circunstancia no es indicación de una valoración por atención especializada. Debemos recordar que la causa más frecuente de fracaso terapéutico es el incumplimiento del mismo. Esta circunstancia parece confirmarse, pues el paciente presenta adecuado control de cifras de tensión arterial en su valoración por Medicina Interna estando en tratamiento con una combinación de fármacos, consistente en este caso en un IECA y un calcioantagonista.

Respecto a la hemorragia que presenta el paciente, no se puede poner en relación de forma exclusiva y simplista con el supuesto mal control tensional que presenta el paciente durante su seguimiento por atención primaria (desde finales de 1998), pues como ya hemos comentado la lesión vascular que predispone a este tipo de eventos, se establece tras una hipertensión de larga evolución (recordemos que el paciente presentaba HTA de unos 20 años de evolución). Por otro lado este tipo de hemorragias se suelen producir en el contexto de un ascenso brusco de la tensión arterial secundaria a un estrés, la realización de ejercicio físico o el consumo de determinados fármacos. Por tanto, pese a un control exhaustivo de la tensión arterial en pacientes con presencia de daño vascular cerebral por la misma (como parece el caso), se puede producir este tipo de complicación. En cuanto a las múltiples consultas que el paciente afirma que tuvo que realizar por crisis hipertensivas, solo consta en la documentación aportada una atención en el Servicio de Urgencias por una crisis hipertensiva, siendo ésta una circunstancia habitual en pacientes hipertensos pese a un adecuado control, y que muchas veces se relaciona con transgresiones dietéticas, realización de ejercicio y/o situaciones de estrés.

CONCLUSIONES:

1. *D. F. J. M. presentaba HTA de larga evolución siendo ésta una patología que inicialmente se debe controlar desde atención primaria.*
2. *De forma correcta fue incluido en el programa del paciente hipertenso con un seguimiento irregular, siendo este aspecto probablemente achacable al propio paciente.*
3. *El control de sus cifras de tensión arterial en la documentación aportada no parece adecuado pese a estar recibiendo un tratamiento correcto, con una combinación de fármacos, siendo este hecho achacable como primera posibilidad a un incumplimiento terapéutico del paciente.*
4. *No existen criterios para derivar al paciente a atención especializada, como se confirma con posterioridad al ser dado de alta de la consulta de Medicina Interna para ser seguido en atención primaria.*
5. *La hemorragia cerebral que presentó se relaciona con su HTA, que es de larga evolución y no es achacable de forma exclusiva al supuesto mal control de sus cifras en el periodo en el que fue seguido por atención primaria.*
6. *Este tipo de hemorragias se presentan por ascensos bruscos de la tensión arterial relacionados con ejercicio físico y/o estrés, por lo que se pueden presentar incluso en pacientes con un control adecuado en sus cifras de tensión arterial.”*

DÉCIMO.- El 4/10/06 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, considera que no se ha acreditado ninguna infracción de la “*lex artis ad hoc*” en el tratamiento dispensado al reclamante, conforme con los informes emitidos en el procedimiento, por lo que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario regional y los daños por los que se reclama.

UNDÉCIMO,- Mediante oficio registrado de entrada el 13/12/2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de marzo, reguladora de este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Procedimiento y plazo.

I. A la vista del expediente remitido, puede concluirse que se ha seguido sustancialmente lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Admi-

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y su reglamento de desarrollo en la materia que nos ocupa (RD 429/1993, de 26 de marzo).

II. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año desde la determinación de las secuelas derivadas del hecho que motiva la reclamación, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento de todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Aplicadas las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, de los Antecedentes reseñados se desprende con claridad que el reclamante no ha acreditado la existencia de una mala praxis médica en el seguimiento de las patologías por las que acudió a los servicios sanitarios regionales en diferentes fechas, habiéndose limitado, frente a los detallados informes médicos emitidos en el expediente, a invocar de un modo inconcreto y general la existencia de un inadecuado tratamiento de su hipertensión, sin proponer tampoco la práctica de prueba pericial que avalase la mala praxis alegada. Tales circunstancias motivan, al igual que en los casos análogos contemplados en los Dictámenes de este Consejo Jurídico 102 y 109 de 2006, la desestimación de la reclamación, en el mismo sentido que la propuesta de resolución objeto de Dictamen, al no haberse acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, que el reclamante ni siquiera cuantifica.

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

CONCLUSION

ÚNICA.- Procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen, por no haberse acreditado la existencia de la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del Dictamen. Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 114/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. F. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad M. F. F., debida a accidente escolar.**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 30/08/07****Extracto de Doctrina**

El Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante oficio de 6 de abril de 2006, el Director del Colegio Público “Pedro Rodríguez”, de Cieza, remitió a la Consejería de Educación y Cultura un escrito de D. M. F. M., de fecha 4 de abril de 2006, de reclamación por daños y perjuicios contra la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por las lesiones sufridas por su hijo M. F. F. el 18 de enero de 2006 en el citado Colegio. En la reclamación se alega lo siguiente: “Piedras lanzadas por otros alumnos del Colegio le rompieron dos dientes, según consta en el informe del Director (...)”. A dicho escrito se acompaña la siguiente documentación:

-Fotocopia del Libro de Familia.

-Presupuesto de la Doctora de la Clínica Dental D. F. T. L., de fecha 26 de enero de 2006, por un importe de 540 euros, y factura de fecha 9 de marzo por importe de 120 euros.

SEGUNDO.- Con fecha de 25 de abril de 2006, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha resolución al interesado el 2 de mayo siguiente.

TERCERO.- Solicitado con fecha 5 de mayo de 2006 un informe al Director del Centro sobre todas aquellas circunstancias que concurrieron en los hechos, fue emitido el 15 del mismo mes, en el que manifiesta lo siguiente:

“1. Mientras jugaban en el patio del Colegio, los alumnos de este Centro y usuarios del servicio de comedor escolar, M. F. F. (5º EP), J. F. S. (3º EP) y J. A. F. J. (2º EP), alrededor de las 13,45 horas del día 18.01.06, horario de recreo anterior a la comida de mediodía, bajo la vigilancia y cuidado de los monitores (...), los dos últimos (J. y J. A.) comenzaron a arrojar grava, de la que está cubierto el suelo, alcanzando al primero de ellos, M. F. F., con la consecuencia de rotura parcial de dos dientes (#11 y #12, según denominación del dentista) y una pequeña hemorragia que cesó en muy poco tiempo (...).

(...)

3. Los también mencionados monitores (...) se encontraban en sus puestos, vigilando a sus alumnos en el patio del recreo, en el momento del accidente.

4. Solicitado el testimonio de los cuidadores (...), manifiesta” lo siguiente; “J. A. y J. se encontraban en el patio jugando tirándose grava; M. se puso a decirles que dejaran de hacerlo, (nosotros acabábamos de reñirles) y al interponerse entre ellos le dieron con las piedras”. (...) El cuidador (...) matiza diciendo que “las piedras le dieron a M., de manera fortuita, no lanzadas intencionadamente a M., sin ánimo de romperle los dientes”.

5. M. F. F., el alumno que sufrió la rotura de los dos dientes, manifiesta: “Estando jugando J. y J. A., mi primo, se pusieron a tirar grava y me dieron a mí, aunque les dije que tuvieran cuidado, no me oyeron, por el ruido de un camión. Yo creo que fue sin querer, que no fue a propósito”. También dice que acudieron a su ayuda, tras el accidente “el J. A. y la P. –cuidadores– que eran los que estaban cerca, porque las demás cuidadoras estaban con los pequeños y la C. con otro grupo”.

6. Las piedras procedían del suelo del patio de recreo del Centro y eran de pequeño tamaño: “de entre uno seis mm. y 160 mm. (sic).

7. El patio carece de la pavimentación adecuada y se encuentra cubierto, en toda la zona circundante al edificio principal, de grava. La Dirección del Centro viene solicitando desde, al menos seis años, que se paviemente adecuadamente en escritos (no menos de cinco, con sus correspondientes registros de entrada) dirigidos al Excmo. Ayuntamiento de Cieza, en alguno de los cuales se alude explícitamente al peligro de la presencia de la grava.

8. Según se desprende de los testimonios, tanto de los alumnos, incluido el afectado, y los cuidadores, fue un accidente fortuito, sin intención de hacer daño.

9. No recordamos ninguna riña o agresión, ni consta en partes de incidencias en Jefatura de Estudios o en el diario de incidencias del Comedor Escolar, entre los alumnos implicados, aunque uno de los alumnos implicados, J. F. S., registra un historial importante de conducta disruptiva”.

CUARTO.- En oficio de 24 de mayo de 2006, el Director del Colegio corrige el error padecido en su anterior informe, indicando que el tamaño de la gravilla era “de entre unos seis mm. y 16 mm.” (no de 160 mm., como había señalado entonces).

QUINTO.- El 25 de mayo siguiente, el órgano instructor solicita informe a la Unidad Técnica de la Consejería para que comprueben el estado del patio del colegio y si es adecuado que se encuentre la gravilla en dicho patio, trasladándole lo informado por el Director del Centro.

SEXTO.- En informe de 5 de junio de 2006, la citada Unidad Técnica expresa lo siguiente:

“Los signos externos que han podido comprobarse, visionados en las fotos adjuntas, reflejan la superficie para las actividades de recreo engravilladas, con demoliciones residuales y erosiones por lluvias. La gravilla tiene una granulometría dentro de la tolerancia para su utilización en las zonas de recreo, estimándose adecuada para el drenaje y la actividad de los usuarios. Los obstáculos añadidos, restos de actuaciones de obras realizadas y socavones producidos por la fricción del agua de lluvia, justifican la actuación del Director al dirigirse al Ayuntamiento para la eliminación de estos riesgos adicionales”.

SÉPTIMO.- Solicitada al reclamante aclaración de los conceptos y cantidades reclamadas, con fecha 7 de junio el Director del colegio informa de que aquél le manifestó que la dentista le hizo un presupuesto total del cambio de las reconstrucciones que se le debían hacer a M. cada tres años, hasta los veinte, y que hasta la fecha ha abonado 120 euros, reclamando en total 900 euros (incluyendo 780 euros por las futuras intervenciones que se le harán al menor).

OCTAVO.- El 12 de junio se acuerda el preceptivo trámite de audiencia al interesado, no constando que haya hecho uso de este derecho.

NOVENO.- El 5 de octubre de 2006 se formula propuesta de resolución, parcialmente estimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en que *“en el patio de recreo de un centro escolar no se puede considerar juego propio de los alumnos el lanzamiento de piedras capaces de causar daños personales como los descritos, concurriendo, pues, un elemento adicional generador de riesgo, exorbitante del normal funcionamiento del servicio público, equivalente a un defecto en las instalaciones que, con un adecuado mantenimiento, pudiera ser evitado. A este respecto, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sus dictámenes (106/2001, 207/2002, 113/2004 y 25/2006, entre otros), viene considerando un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar”*.

En cuanto a la indemnización, considera que sólo procede reconocer el derecho a percibir lo efectivamente abonado por los daños causados (120 euros), sin perjuicio de posteriores reclamaciones, según se vayan generando más gastos si tienen su causa en el accidente en cuestión.

DÉCIMO.- El 18 de octubre de 2006, el Consejero de Educación y Cultura solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, el padre del menor, cuya condición acredita con la copia compulsada del libro de familia, al ostentar su representación legal, conforme con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

El centro escolar en el que ocurrió el accidente pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante, que ostenta la legitimación pasiva.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama: inexistencia.

I. Conforme se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, este Consejo Jurídico viene reiterando que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, entre muchas otras). Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*.

Por otro lado, el Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

II. En el caso que nos ocupa, la propuesta de resolución, parcialmente transcrita en el Antecedente Noveno, afirma que existe la necesaria relación de causalidad entre el daño y el actuar administrativo, con la consiguiente responsabilidad patrimonial administrativa, porque considera que la existencia de piedras en el recinto escolar destinado a patio de recreo de los alumnos es asimilable a un defecto en las instalaciones del centro, que genera un riesgo que, en el caso, ha producido daños que el perjudicado no debe soportar, citando diversos dictámenes de este Consejo Jurídico en apoyo de su tesis.

Sin embargo, el supuesto que ahora nos ocupa es distinto al abordado en los citados Dictámenes, que se refieren en todos los casos al lanzamiento de *“piedras”*, como bien señala la referida propuesta, y no de la gravilla existente en el patio de recreo (en los tres primeros Dictámenes citados, además, se trataba de piedras arrojadas por los alumnos al exterior del recinto escolar).

Por lo que atañe específicamente a la gravilla del recinto escolar como posible elemento de riesgo para los alumnos, los Dictámenes que han de servir de orientación para el análisis

del caso planteado no son, pues, los citados, sino los n^{os} 78/2005 y 86 y 106/2006, en los que se abordan casos de resbalones de alumnos motivados por la existencia de gravilla en el suelo del recinto escolar, si bien advirtiendo que el daño cuya causalidad e imputabilidad había que determinar entonces es distinto del que ahora se trata, en que el daño se produjo por gravilla que fue arrojada por un alumno a otro.

No obstante, interesa destacar que en dichos Dictámenes se recogía el reiterado criterio de la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General competente de que, con carácter general, el uso de tal gravilla se considera adecuado para revestir la superficie del recinto escolar, sin perjuicio de circunstancias concretas que pudieran motivar otro parecer, como en los casos en que la gravilla hubiera invadido superficies duras, o estuviera sometida a humedad. Así, en el Dictamen 78/2005 se llegaba a la convicción de la inadecuación de la gravilla, aun sin determinar cuál de alguna de estas circunstancias de riesgo añadido fuera la causante de la caída, por el hecho de haberse producido en el centro escolar al menos dos caídas en un corto espacio de tiempo, conclusión que se vió luego ratificada en el Dictamen 106/2006, en que se abordaba otra caída, por la misma causa, en el mismo centro escolar. Y en el Dictamen 86/2006 se advirtió que la caída fue al lado de una fuente de agua, lo que podía propiciar la existencia de la humedad antes mencionada y el consiguiente riesgo adicional de que se habla.

Quiere decirse, pues, que la sola existencia de la gravilla no puede considerarse, como pretende la propuesta de resolución, una deficiencia en la instalación escolar, ya que, empleada y conservada correctamente, constituye una superficie adecuada y comúnmente utilizada en esta clase de recintos, según se desprende de los informes de la mencionada Unidad Técnica reseñados en los citados Dictámenes.

Aplicado lo anterior al supuesto que nos ocupa, del informe de la Unidad Técnica mencionado en el Antecedente Sexto se desprende que la utilización y el estado de la gravilla de que aquí se trata fue correcta, de forma que las únicas deficiencias del recinto que han de ser consideradas como tales, a las que hay que referir con propiedad los requerimientos de subsanación del Director del centro, son unos bloques de piedra (resultado de unas obras) y los socavones, debidos a la lluvia, a que se refiere el citado informe, elementos que no tienen relación con el daño reclamado. Por lo demás, es claro que el parecer contenido en el informe de la citada Unidad Técnica sobre la adecuación de la gravilla de que se trata debe imponerse, por evidentes razones de competencia técnica, a la mera opinión del Director del centro, que ni siquiera aduce razón alguna en apoyo de la misma, no correspondiendo a éste determinar el estándar de calidad del revestimiento de los suelos de los recintos escolares.

Siendo así, la única cuestión a determinar es si el servicio de vigilancia de los cuidadores funcionó adecuadamente y si había otras circunstancias que pudieran generar la responsabilidad de la Administración. Según los informes emitidos, en el momento del suceso había varios cuidadores presentes, que incluso habían amonestado previamente a los niños que se lanzaban gravilla. Si a ello se une el hecho, así declarado por el lesionado, de que el impacto de la gravilla fue fortuito y no intencionado, debe concluirse que el funcionamiento del servicio público educativo se mantuvo dentro de los estándares exigibles, y que el accidente fue resultado de un suceso fortuito, inherente al desenvolvimiento normal de escolares de corta edad, lo que supone un riesgo que el usuario debe soportar.

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de aseguramiento y protección social que puedan cubrir tales riesgos, que no pueden im-

putársele, como se dice, a título de la responsabilidad patrimonial regulada en los artículos 139 y siguientes LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, parcialmente estimatoria de la reclamación, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 115/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. P. G. y D.^a J. P. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 30/08/07

Extracto de Doctrina

Tal como afirma la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de noviembre de 2002, cuando el conjunto de elementos que conforman un expediente permite tener certeza sobre la realidad de unos hechos, no se puede derivar responsabilidad de la falta de constancia del cumplimiento de algún requisito.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de abril de 2004 tiene entrada en el registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito dirigido a dicho organismo encabezado por D. P.-A. G.-V. y E., Letrado del Ilte. Colegio de Abogados de Lorca, en nombre y representación de D. F. y D. J. P. G.. En el citado escrito se expone, en síntesis, que la madre de los reclamantes, D. A. G. T., falleció en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), el día 28 de junio de 2000, óbito que imputan a la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Hospital Rafael Méndez de Lorca (HRM). Los hechos, según los interesados, se produjeron del siguiente modo:

1º. El día 19 de julio de 2000 la Sra. G. T. sufrió una caída que le produjo un traumatismo craneoencefálico con pérdida de conocimiento y herida en región occipital derecha de unos 2 ó 3 cms. Tras ser asistida por el servicio 061, fue trasladada al Servicio de Urgencias del HRM, donde proceden a suturar la herida, realizan exploración neurológica y efectúan

TAC en el que aparece “*una lesión hipodensa parietal derecha compatible con infarto antiguo, sin signos de sangrado actual*”.

2º. Al ser paciente con riesgo de sangrado, debido a que estaba sometida a tratamiento anticoagulante, quedó ingresada para observación. Durante los días 20 y 21 de julio permaneció aparentemente estable persistiendo la fuerte cefalea y apareciendo malestar general y abdominal. La tarde noche del 23 presentó un episodio de escalofríos y tiritona con malestar general y se quejó de fuerte dolor de cabeza. La mañana del 24 presentó fiebre de 39,9 con tiritona, quejándose de fuerte cefalea, iniciándose tratamiento antibiótico. El día 25 permanece aparentemente estable persistiendo el fuerte dolor de cabeza, y por la noche vomita y tiene dos deposiciones sanguinolentas. Finalmente el 26 el dolor de cabeza se vuelve insufrible, continúan los vómitos y aparece somnolencia, por lo que los familiares protestan enérgicamente en varias ocasiones, pidiendo que se le realizara un TAC craneal, hasta que a las 19,45 la doctora que se encontraba de guardia solicita su realización, observándose hematoma subdural subagudo fronto-temporo-parietal izquierdo y signos de hemorragia subaracnoidea. Ante esta situación los médicos contactaron con el Servicio de Neurocirugía del HUVA, decidiendo el traslado de la enferma a este hospital. La situación clínica ya era grave, estaba en coma, con la pupila izquierda midriática y arreactiva y un Glasgow de 4 puntos.

3º. A su llegada al HUVA se le realizó un nuevo TAC en el que se observa un resangrado importante del hematoma subdural izquierdo, con significativo efecto masa y herniación subfacial. En este hospital se le realizó un trépano parietal izquierdo del cual salió sangre de “*varias edades*”, licuada y con coágulos frescos. La paciente no pudo ser reanimada y falleció a las 13:45 horas del día 28 de junio de 2000.

A consecuencia de los hechos se incoaron diligencias previas número 2.454/2000 por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Lorca, por posible negligencia médica, que fueron archivadas definitivamente mediante auto de 28 de abril de 2003. El archivo se produce al considerar el Juzgado que no se observan indicios de la comisión de un delito de lesiones por imprudencia profesional grave, basándose, para formular dicha afirmación, en el informe emitido por la Forense del Juzgado en el que indica que la asistencia médica prestada a la Sra. G. T. fue correcta, ya que, en todo momento, se aplicaron “*las pautas habituales de diagnóstico y tratamiento para la evolución seguida en el proceso patológico de esta paciente*”. Todo ello, sin perjuicio de que el juzgador preserve el derecho de los interesados a instar los procedimientos que consideren pertinentes en los órdenes jurisdiccionales civil o contencioso-administrativo.

Para los interesados, la responsabilidad de la Administración surge de la deficiente atención sanitaria recibida por su madre que provocó el fallecimiento de ésta, por lo cual reclaman 52.662 euros, cantidad que resulta de aplicar analógicamente el sistema de valoración establecido en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 de noviembre de 1995.

Los reclamantes adjuntan a su escrito copia de la siguiente documentación:

- a) Escritura de poder para pleitos otorgada por D. F. P. G. a favor, entre otros, del letrado Sr. G.-V..
- b) Diversos documentos médicos correspondientes a la asistencia recibida por su madre en el HRM.

c) Copia del auto de archivo de las citadas diligencias previas, así como del informe de la médica forense.

Posteriormente, mediante escrito fechado el día 11 de mayo de 2004, el representante de los reclamantes aclara que la cantidad solicitada no es la de 52.662 euros que se fija en el suplico de la reclamación, sino la de 65.828 euros a la que se hace referencia en el cuerpo de dicha reclamación.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución de la Directora Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

TERCERO.- Comunicada la resolución a los interesados, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Compañía Aseguradora, la instructora solicita la historia clínica de la paciente al HUCA y al HRM, así como informes de los facultativos que la atendieron.

CUARTO.- Con fecha 30 de junio de 2004, el Director Gerente del HUCA remitió hoja de la historia clínica de la Sr. G. T., así como informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía de dicho Hospital, en el que se afirma lo siguiente:

“Paciente que fue intervenida de hematoma subdural crónico el día 27/07/2000.

Se trata de un hematoma subdural que se evacuó por trépano parietal izquierdo, drenándose sangre en varios estadios de evolución (desde coágulos frescos hasta sangre licuada más antigua), se dejó un drenaje subdural que fue retirado en la Unidad de Cuidados Intensivos.

Por parte de nuestro Servicio tenemos que añadir que la forma de trasladar a la paciente desde el hospital “Rafael Méndez” de Lorca hasta nuestro Hospital y la información recibida del mismo fue totalmente correcta y la adecuada para que pudiéramos tomar las decisiones quirúrgicas precisas tendentes al mejor tratamiento de la paciente”.

QUINTO.- Tras reiterar al HRM el envío de la documentación que se le había solicitado, se recibe escrito del Director Gerente de dicho centro sanitario, mediante el que remite la historia clínica de la paciente e informe emitido por el Dr. D. J. L. M., mediante el que se remite al que aparece en la historia clínica, fechado el día 26 de julio de 2000, añadiendo que, a su juicio, *“la asistencia prestada a la paciente por todos los facultativos de este Hospital fue la habitual no habiendo en ningún momento negligencia por nuestra parte, dado que se trataba de una paciente con pluripatología que se descompensó a raíz del TCE, conjunto de circunstancias que condujeron al fallecimiento de la paciente”.*

Del informe clínico de alta hospitalaria cabe destacar lo siguiente:

“Enfermedad actual: Ingresa procedente de Urgencias, por haber presentado la noche de su ingreso, mientras dormía un episodio de dolor torácico opresivo acompañado de mareo con pérdida de conocimiento y caída al suelo con herida inciso-contusa en región occipital derecha. Es recogida por 061 que la encuentran consciente con Glasgow de 15. respiración espontánea, ruidos cardíacos apagados a 50 lpm. TA 110/75 mmHg. FR 16/m. Sat.02 98%. Glucemia 116 mg/dl administrándole atropina, suero fisiológico, inyesprin y primperán. No aprecian equimosis orbitaria ni mastoidea, epistaxis ni otorragias”.

“Exploraciones complementarias: ...TAC craneal: lesión hipodensa parietal derecha residual a infarto antiguo. Ni signos de sangrado”.

“Resumen de evolución y comentarios: La mañana de su ingreso (20/7/00) refiere episodio de dolor torácico, realizándose en ese momento ECG que no muestra cambios isquémicos, persiste la ascitis sin tensión refiriendo como sintomatología malestar general y abdominal. El día 21-7-00 se registra aumento de la ascitis que produce disnea consultándose con digestólogo que procede a paracentesis evacuadora con reposición de albúmina mejorando la situación de la paciente. El análisis del líquido ascítico muestra una Glucosa de 98, Amilasa 34, PT 4.4, ADA 0.2 y células 100 leuc/mm3. Mejora considerablemente la situación clínica de la paciente tras la paracentesis. Al día siguiente (22-7-00) es vista por nefrólogo que ante la hiperpotasemia por insuficiencia renal le instauro tratamiento mejorando la función renal descendiendo las cifras analíticas de Urea 72, Cr 1.7 y K 5.7 La noche del 23-7-00 presenta episodio de escalofríos y tiritona con malestar general que la paciente atribuye a Seguril. Presenta cifras de TA de 120/77 sin variación en la AC. Resp: sin estertores. Tª 37.5°C. Glucemia 90. ECG: sin cambios. El 24-7-00 por la mañana presenta fiebre de hasta 39.9 con tiritona y cefalea La exploración clínica no muestra cambios y la exploración neurológica es normal, persiste moderada cantidad de ascitis, sin signos de peritonismo se solicitan hemocultivos seriados, urocultivo y hemograma y Rx Tórax y Abdomen que no aportan nuevos hallazgos. Se constata la existencia de flebitis en antebrazo izquierdo cambiándose la vía venosa. Se inicia tratamiento antibiótico-empírico desapareciendo posteriormente la fiebre y la cefalea y mejorando el estado de la paciente. El 25-7-00 la paciente permanece hemodinámicamente estable y afebril, comenzando durante la noche anterior al 26-7 con vómitos tras ingesta y según refiere dos deposiciones blandas, sanguinolentas, no constatadas por el personal sanitario y que no se repiten. Refiere también cefalea frontal. Se realiza nuevo control hematológico sin variaciones significativas y coagulación con una actividad de protrombina del 75%. La exploración clínica general persiste sin cambios y la exploración neurológica es normal. Se realiza interconsulta con aparato digestivo. La tarde del 26-7-00 presenta intensificación de la cefalea y vómitos y posteriormente ligera somnolencia. La paciente se encontraba C y O, pares craneales normales sin déficit motor ni sensitivo y reflejo plantar en flexión. Se realiza TAC craneal en el que se observa hematoma subdural subagudo fronto-temporo parietal izquierdo y signos de hemorragia subaracnoidea, contactándose con Servicio de Neurocirugía para el traslado de la paciente la cual presenta deterioro neurológico agudo procediéndose a intubación orotraqueal y ventilación mecánica por parte de Servicio de UCI trasladándose posteriormente a Neurocirugía en UCI móvil”.

SEXTO.- El 20 de julio de 2005 fue emitido informe por la Inspección de Servicios Sanitarios, en el que, tras analizar las distintas clases de hematomas subdurales, afirma, en relación con la asistencia que se prestó al que padecía la paciente, lo siguiente:

“1. Era una paciente de riesgo por el tratamiento anticoagulante que precisaba y que no estaba indicado suspender.

2. El seguimiento clínico mediante observación y exploración neurológica son medidas suficientes por sí mismas para valorar el estado neurológico, pero no se constata el seguimiento efectuado, no hay anotaciones, ni resultado de exploraciones, ni Hojas de Observación acerca del curso clínico.

3. Existió sangrado subagudo no diagnosticado en varias etapas como se demuestra por la sangre de “varias edades” que drena en la evacuación del hematoma.

4. El resangrado agudo del hematoma se traduce clínicamente en el deterioro neurológico agudo sufrido y se objetiva con los diferentes hallazgos observados entre el

TAC realizado en el Hospital Rafael Méndez y en el de su llegada al H.U.V. Arrixaca, en el que la desviación de la línea media y los signos de herniación son índices de gravedad”.

Tras estas consideraciones concluye que:

“1. No se puede afirmar que la asistencia sanitaria prestada a Dña. A. G. T. fuera la adecuada y ajustada a la sintomatología clínica que presentaba, ya que no se constata el seguimiento realizado ante la ausencia de documentación.

2. Es posible establecer nexo de causalidad bien entre las actuaciones (o las omisiones) de los profesionales, y el daño surgido: sangrado del hematoma en varios tiempos.

3. El deterioro neurológico agudo fue consecuencia del resangrado importante que ocurre ya en el hematoma subagudo.

4.- El índice de Glasgow de 4 y toda la patología de base padecida por la paciente condicionaron el pronóstico a pesar de la intervención terapéutica”.

Finaliza proponiendo la estimación de la reclamación.

SÉPTIMO.- Por su parte la aseguradora Z. envía dictamen médico emitido colegiadamente por tres doctores especializados en Medicina Interna, en el que, tras efectuar las consideraciones médicas de carácter general que estiman oportunas, afirman, en relación con la asistencia recibida por la Sr.^a G. T., lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa la paciente consulta en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez por un cuadro de dolor torácico de características anginosas que aparece en reposo. En dicho contexto se produce un traumatismo craneoencefálico. La valoración de la enferma es completa y permite calificar el traumatismo sufrido por la paciente como leve y el cuadro de dolor torácico como posiblemente de naturaleza anginosa aunque sin cambios sugestivos de isquemia aguda en el electrocardiograma. Con buen criterio y pese a que el TCE se puede calificar como leve y que al contrario de lo que señalan los reclamantes la misma no se encuentra recibiendo tratamiento anticoagulante, se realiza TC cerebral que no muestra datos de sangrado ni complicaciones derivadas del TCE, y sí la presencia de un infarto cerebral antiguo que se debe poner en relación con la fibrilación auricular y los factores de riesgo cardiovascular de la misma.

El tratamiento pautado a la paciente resulta correcto en base a los diagnósticos alcanzados, que resultan compatibles con el cuadro clínico de la enferma y los hallazgos en la exploración física y exploraciones complementarias.

El hecho de que la cefalea apareciera desde el mismo momento del ingreso o unos días después no tiene en nuestro criterio trascendencia. La cefalea forma parte del síndrome postraumático y se presenta aproximadamente en la mitad de los TCE. Es el síntoma más frecuente de dicho síndrome junto a mareo inespecífico, dificultad de concentración e insomnio. La normalidad del TC cerebral realizado al ingreso, así como la ausencia de alteraciones neurológicas en la exploración permite establecer el diagnóstico de cefalea postraumática, no estando indicada la repetición de las pruebas de imagen, en ausencia de cambios en la situación neurológica de la enferma. Desconocemos el motivo que lleva a la Médico Inspector a dudar del seguimiento realizado a la enferma durante su ingreso en el Hospital Rafael Méndez. Pese a que es cierto que no hemos dispuesto de las hojas de evolución médica, ésta se describe en el informe de traslado obrante en la documentación

aportada. Por otro lado en la solicitud del TC urgente del 26 de julio tampoco se describe la presencia de focalidad neurológica.

La decisión de mantener el tratamiento antiagregante, al que posteriormente se añade anticoagulación con heparina de bajo peso molecular, resulta acertada. La paciente tiene indicación de antiagregación por la cardiopatía isquémica, e indicación de anticoagulación por la fibrilación auricular. La ausencia de datos de sangrado en el TC realizado al ingreso permite mantener estos fármacos sin los cuales el riesgo de accidentes a nivel coronario y/o cerebral resulta significativo.

En el momento en el que la paciente presenta cambios en su situación neurológica que permiten sospechar la presencia de una complicación a nivel cerebral se practica nuevo TC cerebral que diagnostica la presencia de un hematoma subdural con datos de que el sangrado se ha producido en varias fases, actuándose de forma diligente y rápida, al trasladar a la paciente a un servicio de Neurocirugía tras garantizar la estabilidad de la misma durante el traslado. La mortalidad de este tipo de situaciones es muy elevada y máxime en una paciente como la que nos ocupa en la que coexisten patologías de base severas.

La medicina asistencial no parte del diagnóstico definitivo para en base al mismo cuadrar la sintomatología del paciente con dicho diagnóstico, sino que su labor es justo la contraria. En este caso es evidente que supondría un error el intentar analizar este caso desde el hallazgo en el quirófano del Hospital Virgen de la Arrixaca de un hematoma subdural en distintos estadios evolutivos. La paciente, que debemos recordar que presentaba una prueba de imagen sin datos de hematoma a su ingreso, no presentó clínica que permitiera sospechar la presencia de una complicación a nivel cerebral como la que se diagnosticó hasta el día 26 de julio. El deterioro de la situación de la enferma se produjo sin duda por la aparición de un sangrado agudo a nivel subdural, y no por el sangrado subagudo, ambos patentes en el acto quirúrgico”

Finalizan estos facultativos con las siguientes conclusiones:

“1. D. A. G. T. consultó en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez por un cuadro anginoso en cuyo contexto presentó un episodio sincopal con traumatismo craneoencefálico (TCE).

2. El manejo de la paciente fue acertado atendiendo a la patología cardiológico y al TCE. En relación a este último y pese a encontrarnos ante un traumatismo que podemos considerar como menor, se realizó un TC cerebral que descartó la presencia de lesiones derivadas del TCE, poniendo de manifiesto la presencia de patología vascular cerebral relacionada con su patología cardiológica y sus factores de riesgo cardiovascular.

3. De forma correcta y atendiendo a todos los motivos que determinaron su asistencia en urgencias se procedió a su ingreso hospitalario. El tratamiento pautado resulta acertado.

4. No queda claro el momento en el que la paciente comienza a presentar cefalea, pero en todo caso la misma no se asocia a ningún otro dato de focalidad neurológica por lo que no se requiere la realización de nuevas pruebas de imagen a nivel cerebral.

5. El día 26 de julio y ante la aparición de un leve deterioro del nivel de conciencia se practica de forma urgente un TC cerebral que lleva al diagnóstico de hematoma subdural

subagudo, actuándose de forma diligente y correcta al trasladar a la enferma a un servicio de Neurocirugía tras estabilizar a la misma.

6. Se realizó intervención quirúrgica que puso de manifiesto que la causa del deterioro neurológico de la paciente era la aparición de un sangrado agudo en el contexto de un hematoma subdural subagudo que no se había manifestado clínicamente con datos de focalidad neurológica, siendo este el motivo de no haber podido llegar antes al diagnóstico.

7. La evolución de la paciente, fue desfavorable, pese a la corrección del tratamiento quirúrgico aplicado, siendo esta una circunstancia habitual en este tipo de patología.

8. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.

OCTAVO.- Con fecha 24 de noviembre de 2005 se notifica a la aseguradora y a los interesados, a través de su representante, la apertura del trámite de audiencia, sin que conste que hiciesen uso de él al no comparecer ni formular alegación alguna.

El día 11 de diciembre de 2006 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos exigidos para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el pasado 9 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

SEGUNDA.- Legitimación, representación, plazo y procedimiento.

Los reclamantes, en tanto que hijos de la fallecida, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y el 4.1 del Reglamento de las Procedimientos de los Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (en adelante RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Según establece el artículo 32 LPAC los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Pues bien, el

escrito de interposición de la reclamación que nos ocupa viene encabezado por un letrado que dice actuar en nombre y representación de los reclamantes, sin embargo la escritura de poder con la que pretende acreditar tal representación, sólo aparece otorgada a su favor por uno de ellos, concretamente, por D. F. P. G.. No consta, por lo tanto, acreditada la representación que se irroga en relación con D. J. P. G..

A pesar de ello la Consejería de Sanidad, a través de diversas y sucesivas actuaciones anteriores a la propuesta de resolución (y en esta misma), reconoce la representación alegada, por lo que cabe aplicar al caso la doctrina jurisprudencial, según la cual una vez reconocida la representación en una fase del procedimiento no puede negarse en otra ulterior, pudiéndose citar en este sentido, y entre otras, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1983 y 1 de febrero de 1989; así como en el Dictamen de este Consejo número 184/2002. Ahora bien, como también se afirmaba en dicho Dictamen, es preciso, antes de dictar resolución, requerir, según lo dispuesto en el artículo 32.4 LPAC, al Sr. G.-V. E. para que subsane la falta de acreditación de la representación que dice ostentar en relación con la Sr.ª P. G., pudiendo utilizar para ello cualquiera de los medios previstos en el apartado 3 del citado precepto.

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver la titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el auto de sobreseimiento de las diligencias previas, incoadas por los hechos origen de la presente reclamación, fue notificado a los interesados el día 12 de mayo de 2003, y la acción ha de entenderse deducida el día 28 de abril de 2004, fecha de presentación de la reclamación en el Registro General de la Consejería de Sanidad.

Por último, el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos. Inexistencia de responsabilidad patrimonial.

Los interesados fundan su pretensión indemnizatoria en la consideración de que ha existido una deficiente asistencia sanitaria por parte de los facultativos que atendieron a su madre en el HRM, al no practicar las pruebas necesarias dirigidas a detectar la presencia de un hematoma subagudo y, más concretamente, a no haber realizado un TAC a pesar de los síntomas que presentaba y de haberlo requerido así, reiteradamente, los familiares. Esta omisión, según los reclamantes, incidió de forma positiva y eficaz en la contribución al resultado letal al que finalmente se llegó.

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían dados, pues, por el hecho de no haber efectuado un seguimiento adecuado de la evolución de las dolencias que padecía la paciente, lo que impidió percatarse del resangrado que se produjo como consecuencia de un hematoma subdural subagudo. La determinación de si tal afirmación se corresponde a la realidad o no, se convierte en cuestión nuclear del problema en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Para alcanzar dicha conclusión es necesario un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-. El especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999.

En el presente caso obran en el expediente varios informes médicos (forense, inspector médico y peritos de la aseguradora), y todos ellos coinciden en afirmar que la situación clínica de la paciente no exigía otras medidas diagnósticas que el seguimiento neurológico. Así, la médica forense afirma *“que durante el período de observación en el “Rafael Méndez” no tiene manifestaciones neurológicas que indiquen la necesidad de aplicar otras medidas terapéuticas o diagnósticas”* (folio 24). Por su parte la inspectora médica indica que *“el seguimiento clínico mediante observación y exploración neurológica son medidas suficientes por sí mismas para valorar el estado neurológico”* (folio 405). Finalmente, los peritos de la compañía aseguradora señalan que *“la normalidad del TC cerebral realizado al ingreso, así como la ausencia de alteraciones neurológicas en la exploración permite establecer el diagnóstico de cefalea postraumática, no estando indicada la repetición de las pruebas de imagen, en ausencia de cambios en la situación neurológica de la paciente”* (folio 418). En lo que difieren estos informes es, precisamente, en admitir que dicho seguimiento neurológico se produjo. Así, mientras que la forense y los peritos consideran que tal circunstancia queda acreditada con el informe médico de alta hospitalaria por traslado que obra en la historia clínica, la inspectora médica entiende que el seguimiento médico que se afirma haber prestado a la paciente no se encuentra suficientemente documentado en la historia clínica, porque *“no hay anotaciones, ni resultado de exploraciones, ni Hojas de Observación acerca del curso clínico”*.

Conviene aquí recordar que, según establece el apartado 2 del artículo 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, el informe clínico de alta forma parte de la historia clínica y constituye el documento que, emitido por el médico responsable al finalizar el proceso asistencial del paciente, especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad sanitaria prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas. Prescripciones a las que da cumplimiento el informe emitido por el Dr. M. C. (folios 12 y 392). Es cierto que alguna de las actuaciones que en él se describen no tienen más soporte que dicho informe, aunque otras que la Inspección Médica dice que se hallan huérfanas de respaldo ajeno al propio informe sí que lo tienen; así, entre ellas, las siguientes:

a) En el informe de alta se señala que el día 20 de julio de 2000 la paciente refiere episodio de dolor torácico, por lo que se le practicó un ECG (electrocardiograma) que no mostraba cambios isquémicos. Exploración que, según la Inspectora Médica, no se encuen-

tra documentada en la historia clínica. Sin embargo, al folio 376 aparece un ECG a nombre de la Sra. G. T. y fechado el día 20 de julio de 2000.

b) También indica el Dr. M. que el día 21 de julio se registra un aumento de la ascitis que produce disnea consultándose al digestólogo que procede a paracentesis evacuadora con reposición de albúmina mejorando la situación del paciente. Esta afirmación es reparada por la Inspección Médica por no aparecer “ninguna anotación Observaciones acerca del curso clínico o Solicitud de Interconsulta”. Pero, lo cierto es que al folio 383, en la hoja de órdenes de tratamiento, en las anotaciones correspondientes al citado día se recoge una del siguiente tenor: “albúmina 1 frasco por litro, extraer 10 litros”.

Todo lo anterior lleva a este Consejo Jurídico a entender (como también lo han hecho la forense y los peritos de la aseguradora del ente público) que el informe médico de alta, documento que integra la historia clínica, evidencia que se efectuó un seguimiento clínico mediante observación y exploración neurológicas, cuyo resultado no exigió la realización de un TAC hasta el día 26 de julio, en el que, tras intensificarse la cefalea que sufría la paciente y aparecer vómitos, se estimó conveniente practicar tal prueba. Dudar de la veracidad de este informe supondría presuponer una hipotética falsedad documental que podría implicar responsabilidades profesionales e, incluso, penales, pero esta posibilidad no ha sido probada en el presente expediente, cuyo objeto es determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial a la que se alude en la reclamación.

Lo anterior no es óbice para estimar, como lo ha hecho la Inspección Médica, que la historia clínica no se ha elaborado con el rigor y minuciosidad que tal documento exige, pero, tal como afirma la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de noviembre de 2002, cuando el conjunto de elementos que conforman un expediente permite tener certeza sobre la realidad de unos hechos, no se puede derivar responsabilidad de la falta de constancia del cumplimiento de algún requisito.

En consecuencia el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que no ha quedado acreditado en el expediente que el fallecimiento de la madre de los reclamantes se produjera como consecuencia de una infracción de la *lex artis ad hoc*, sino que más bien fue el resultado de las complicaciones derivadas de la aparición de un sangrado agudo en el contexto de un hematoma subdural subagudo que no se había manifestado clínicamente con datos de localización neurológica, circunstancia por la que no pudo alcanzarse antes su diagnóstico (dictamen de los peritos de la aseguradora del ente público, obrante al folio 407 y siguientes).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 116/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a R. G. Y., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 30/08/07****Extracto de Doctrina**

Aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que el reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que "...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama". Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que "esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor; mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración".

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de septiembre de 2002, D. R. G. Y. presenta en la Delegación de Gobierno de Murcia escrito dirigido al Ministerio de Sanidad, mediante el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos el día 4 de noviembre de 2001, cuando se dirigía con su hija en brazos al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca (en lo sucesivo, HVA) y cayó al suelo como consecuencia del mal estado en el que se encontraba la rejilla que, en el recinto del citado Hospital, se encuentra junto al paso de peatones por el que se accede al mencionado Servicio. Como consecuencia de la caída la reclamante sufrió lesiones consistentes en traumatismo en el tobillo derecho, de las que fue tratada en el HVA y que le ocasionaron una incapacidad para su trabajo desde ese día hasta el 29 del mismo mes y año, fecha en la que fue dada de alta. Concluye su escrito solicitando una indemnización de 42,93 euros por día de baja laboral.

Incoado expediente de responsabilidad patrimonial, con fecha 17 de octubre de 2002 recae resolución dictada por la Subsecretaría de Sanidad y Consumo, declarando la inadmisibilidad de la reclamación por falta de legitimación pasiva del Ministerio de Sanidad, al haberse producido el traspaso a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia sanitaria. En dicha resolución se indica a la interesada que deberá plantear de nuevo su reclamación ante la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, indicaciones que fueron cumplimentadas mediante la interposición de escrito que, dirigido a la Consejería de Sanidad y Consumo, se presentó en el registro de la Delegación de Gobierno el día 18 de diciembre de 2002.

SEGUNDO.- Mediante escrito fechado el 28 de julio de 2003, el Servicio Murciano de Salud (SMS) requiere a la reclamante para que subsane su reclamación, proponiendo los medios de prueba de los que pretenda valerse, lo que cumplimenta proponiendo los siguientes:

a) Documental, consistente en partes médicos de asistencia, de baja y de alta; así como reclamación presentada ante el Servicio de Atención al Usuario del HVA y contestación recibida desde la Dirección gerencial.

b) Testifical, de las personas que se indicarán en su momento.

TERCERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2003 se dictó Resolución del Director Gerente del SMS admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a la interesada.

CUARTO.- Por otro lado, con la misma fecha, la instructora dirige escrito al Director Gerente del HVA al que adjunta copia de la reclamación y solicita el envío de la siguiente documentación:

a) Copia compulsada y foliada de la historia clínica de la reclamante.

b) Informes de los técnicos correspondientes, relativos a los hechos descritos en la reclamación.

Tras varias reiteraciones, el requerimiento fue cumplimentado mediante escrito del Director Gerente del HVA, fechado el 20 de enero de 2005, en el que indica que el único documento de asistencia sanitaria relativo a la reclamante que obra en el Hospital es el correspondiente a la asistencia que se le prestó en el Servicio de Urgencias del cual se ha unido copia a la reclamación. En cuanto a los hechos que se señalan como origen de los daños, adjunta informe del Jefe de Servicio de Ingeniería del Hospital, en el se indica lo siguiente:

“...realizada inspección ocular sobre las inmediaciones de la urbanización en torno a la Puerta de Urgencias Pediátrica, se le informa:

No se aprecia anomalía en rejilla de sumidero de pluviales, la cual se encuentran en la zona de rodadura de vehículos, junto bordillo de acera, fuera de la pintura del paso de cebra.

No se ha tenido conocimiento desde este Servicio del mencionado incidente o de hechos de similar naturaleza.

Se adjuntan fotos de dicha área”.

QUINTO.- Mediante escrito de 13 de diciembre de 2005 la instructora se dirige de nuevo al HVA solicitando aclaración sobre los siguientes extremos:

- Si las fotografías que se unen al informe del Servicio de Ingeniería corresponden al año 2001.
- En caso contrario, que se indique cuál era el estado de la rejilla de sumidero de pluviales en noviembre de 2001.
- Si las obras de remodelación a las que se refiere el Director Gerente en contestación a la reclamación planteada por la reclamante, afectaron, en su momento, a la citada rejilla.

En contestación a lo solicitado el Coordinador de Ingeniería envía un nuevo escrito del siguiente tenor:

- Las fotografías corresponden a la zona de la puerta de urgencias infantil.
- No existe constancia sobre la fecha a la que se correspondan dichas fotos. No obstante, ante la seguridad de que en la zona no se han realizado obras, se puede deducir que, efectivamente, corresponden al año 2001.
- La zona no se encontraba dentro del Plan Director de Reforma y Ampliación del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca”.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada, ésta designa para que la representante en este trámite a la letrada del Ilte. Colegio de Abogados de Murcia D. L. R. J..

Mediante escrito fechado el día 19 de junio, la reclamante formula las siguientes alegaciones:

- Que han quedado debidamente acreditadas las lesiones que sufrió como consecuencia de la caída.

- Que, asimismo, resulta indubitado el hecho de que dicha caída se produjo debido al mal estado en el que se encontraba el desagüe situado junto al paso de cebrá ubicado ante la puerta de urgencias de infantil, y ello no sólo por las manifestaciones de la reclamante sino, también, por las de su esposo que así lo trasladó al Hospital en su escrito de reclamación. Indica los datos de su marido y lo propone como testigo.

- Que las fotografías que se acompañan al informe del Servicio de Ingeniería evidencian el mal estado del lugar en el que ocurrió la caída.

- Que a pesar de lo que ahora afirme el citado Servicio, el Director Gerente indicó, en contestación a la reclamación presentada por su marido, que la zona iba a ser objeto de obras de reparación.

Adjunta fotos y se reitera en su petición de indemnización.

SÉPTIMO.- La instructora, mediante escrito de fecha 13 de octubre de 2006, notifica a la reclamante el rechazo, por innecesaria, de la prueba testifical propuesta, ya que la versión del esposo de la interesada sobre los hechos figura en la reclamación que formuló en su día y que se encuentra incorporada al expediente.

Seguidamente formula, con fecha 13 de diciembre de 2006, propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

OCTAVO.- El 24 de enero de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería de Sanidad solicitando la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Hospital en el que se produjo el accidente.

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que si bien es cierto que los hechos se produjeron el 4 de noviembre de 2001, la interesada no fue dada de alta médica hasta el día 29 de ese mismo mes y año, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 *in fine*, LPAC, el plazo finalizaría el día 29 de noviembre del año 2002, pero a dicha fecha hay que adicionar los veintiún días que tardó el Ministerio de Sanidad en declararse incompetente para resolver la reclamación que, por estos mismos hechos, formuló la interesada ante dicho Departamento.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP.

CUARTA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa,
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo considera que ha quedado acreditado que la reclamante sufrió el día 4 de noviembre de 2001 un esguince en el tobillo derecho, del que tardó en recuperarse 25 días. Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable al HVA.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que el reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que *“...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama”*. Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que *“esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración”*.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

En el presente caso, la interesada se limita a manifestar que la caída tuvo lugar en el paso de cebra existente frente al Servicio de Urgencias de Infantil del HVA, al pisar una rejilla de desagüe que se encontraba en mal estado, pero esta circunstancia no ha quedado indubitadamente acreditada en el expediente, puesto que la única prueba desplegada al efecto ha sido la declaración del marido de la reclamante, unido, por lo tanto, por relación de parentesco con la interesada, pero, aun admitiendo que la torcedura de tobillo y el correspondiente esguince se haya producido en el recinto hospitalario, no puede olvidarse que para que el instituto de la responsabilidad patrimonial despliegue sus efectos, resulta imprescindible la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, ya que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 5 de junio de 1998, *“la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo”*. En este orden de cosas resulta altamente relevante el informe técnico del

coordinador de ingeniería del centro sanitario, al afirmar que *“no se aprecia anomalía en rejilla de sumidero de pluviales, la cual se encuentra en la zona de rodadura de vehículos, junto (al) bordillo de acera, fuera de la pintura del paso de cebra”*. Indicando, además, que ese buen estado era predicable también en el momento de ocurrir los hechos pues, a pesar de que en un escrito del Director Gerente se sugiriese que la zona iba a ser objeto de remodelación, no llegó a incluirse en el correspondiente proyecto de obras y, por lo tanto, su estado físico no ha variado. Esta afirmación no ha sido enervada por la reclamante con prueba eficiente para ello, ya que el contenido de sus alegaciones no se halla refrendado por informe técnico alguno, y, por tanto, sólo cabe darles el carácter de meras afirmaciones de parte provistas de un matiz subjetivista o presuntivo, careciendo, por lo tanto, de la rigurosidad y objetividad que han de acompañar a cualquier medio de prueba.

Ante la falta de acreditación de relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario, este Consejo comparte las argumentaciones de la propuesta de resolución, considerando, en consecuencia, impropio acceder a lo solicitado por la reclamante.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 117/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. M. L., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 30/08/07

Extracto de Doctrina

El parecer técnico que debe suministrar el órgano administrativo competente no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica respecto al reclamante de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el 5 de febrero de 2004, D. P. M. L. solicita in-

demnización en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños sufridos el 16 de octubre de 2003 en la vivienda de su propiedad sita en la proximidad de la vía de servicio de la autovía del Noroeste-Río Mula, concretamente en la rotonda de acceso a la carretera C-3 de Fuente Librilla. Según el reclamante los daños *“son consecuencia directa, como así me lo han hecho saber distintos técnicos, de la mencionada carretera y rotonda ya que la misma impide que el agua fluya con normalidad, produciéndose una balsa de agua en el interior de la vivienda”*.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 8 de junio de 2004, la instructora requiere al reclamante el envío de determinada documentación, entre la que figura la acreditativa de la propiedad de la finca y vivienda en las que afirma que se produjeron los daños; localización de dichos inmuebles; póliza de seguro (para el supuesto de que los bienes estuviesen asegurados); informe pericial de valoración de daños, emitido por técnico colegiado e informe del Instituto Nacional de Meteorología (Centro Territorial de Murcia) en el que consta el volumen de agua caída por metro cuadrado el día 16 de octubre de 2003, así como la intensidad con la que se produjeron las lluvias. Asimismo se le insta para que acredite, mediante los medios de prueba que considere pertinentes, la realidad de los hechos que se contienen en su escrito de reclamación.

El requerimiento es cumplimentado por el interesado mediante escrito fechado el día 21 de junio de 2004, al que se une diversa documentación.

TERCERO.- También con fecha 8 de junio de 2004 la instructora solicita de la Gerencia Territorial del Catastro certificación catastral y plano parcelario, para determinar la titularidad catastral de la finca y vivienda del reclamante, a lo que la citada Gerencia responde que le es imposible identificar la finca con los datos que se le han facilitado.

CUARTO.- El día 22 de noviembre de 2004, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los siguientes extremos:

“– Titularidad de la carretera en la que tuvieron lugar los hechos.

– En el caso de pertenecer a la Red de Carreteras de la Región de Murcia:

- a) Realidad y certeza del evento lesivo.*
- b) Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*
- c) Configuración de la Rotonda a que hace referencia el reclamante, ya que en su reclamación afirma que distintos técnicos le han informado de que los daños son consecuencia directa de la mencionada carretera y rotonda que impide que el agua fluya con normalidad, produciéndose una balsa de agua en el interior de su vivienda.*
- d) Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*
- e) Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones, contratistas u otros agentes.*
- f) Indicar si la carretera se hallaba con señalización, iluminación o, en su caso, suficiencia/insuficiencia de la misma en el lugar del suceso e incidencia en el sobrevenimiento del mismo, condiciones concurrentes u otra consideración que estime pertinente significar.*
- g) Valoración de los daños alegados.*

h) Aspectos técnicos en la producción del daño.

i) Cualquier otra cuestión que se estime de interés”.

Por haber considerado a dicho informe como determinante del contenido de la resolución final, la instructora había comunicado al reclamante que, con la petición del mismo, se suspendía el plazo máximo establecido legalmente para resolver y notificar, invocando a tal efecto el artículo 42.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

QUINTO.- El mismo día 22 de noviembre de 2004 la instructora, al amparo de lo establecido en el artículo 10.2 (sic) del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RRP), solicita informe a la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo sobre los siguientes extremos:

“A) Realidad y certeza del evento lesivo.

B) Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.

C) Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones, contratistas u otros agentes.

D) Valoración de los daños alegados, ya que la reclamante afirma en su solicitud de indemnización que los daños ocasionados en la vivienda sita en el paraje de Vista Alegre fueron valorados por el técnico enviado por esa Dirección General.

E) Aspectos técnicos en la producción del daño.

F) Cualquier otra cuestión que se estime de interés”

En contestación a dicho requerimiento la Jefa de Servicio de Vivienda remite a la instructora copia de la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte, reguladora de las ayudas para la reparación de las viviendas afectadas por las lluvias torrenciales, registradas el día 16 de octubre de 2003, en los municipios de Albudeite, Campos del Río y Ceutí; así como ficha de evaluación de los daños en la vivienda correspondiente al reclamante.

SEXTO.- Mediante comunicación interior de 22 de diciembre de 2004, el Director General de Carreteras remite a la instructora un informe del día anterior emitido por A., empresa concesionaria de la autovía del Noroeste, que expresa lo siguiente:

“ASUNTO: INFORME TÉCNICO SOBRE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL RP 38-04 FORMULADO POR D. P. M. L., REFERENTE DAÑOS SUFRIDOS EN VIVIENDA SITA EN X DE LA AUTOVÍA DEL NOROESTE C-415, A CONSECUENCIA DE LAS LLUVIAS TORRENCIALES ACAECIDAS EL 16 DE OCTUBRE DE 2003.

En contestación al escrito remitido a esta empresa concesionaria sobre el asunto de referencia, se emite el siguiente informe:

La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia siendo por lo tanto de titularidad autonómica.

A.- El día 16 de octubre de 2003 se produjo una gran tormenta con aparato eléctrico y granizo que se localizó principalmente entre los kilómetros 3 y 21 de la Autovía del No-

roeste C-415. En dicha zona según informaciones del Instituto Nacional de Meteorología y la prensa de días posteriores se registraron valores de precipitación de 140 Litros/m² en una hora en los términos de Albudeite y Campos del Río.

La excepcionalidad de la precipitación caída y las avenidas que se produjeron ocasionaron cuantiosos daños tanto en la infraestructura de la autovía como en las poblaciones aledañas. Por tanto es de suponer que la finca del reclamante se viera afectada por tal fenómeno al igual que numerosas viviendas de la zona.

B y C.- Tanto la configuración de la rotonda como el drenaje de la misma se ejecutaron según el Proyecto de Construcción de la Autovía del Noroeste y sus enlaces y accesos. Así pues, cualquier modificación que se ejecute, debería ser bajo la supervisión de la Dirección General de Carreteras al verse afectada, además, la carretera C-3 (Fuente Librilla) que entronca directamente en dicha rotonda.

La causa probable de la inundación de la vivienda es el desbordamiento que se produce en la cuneta de drenaje de la mencionada carretera C-3 al entroncar en el ramal adyacente a la vivienda, ante el gran caudal generado por una lluvia intensa como la que se produjo en aquellos días llegando a considerarse la posibilidad de declarar zona catastrófica los municipios afectados.

D y resto.

En la documentación remitida no se realiza una valoración económica de los daños causados por la inundación, por lo que no podemos emitir un juicio sobre el asunto.

Estimamos que no ha de derivarse responsabilidad alguna a esta concesionaria al concurrir unas circunstancias extraordinarias como fue una lluvia anormalmente intensa en la producción de los daños que se reclaman”.

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de abril de 2005 la instructora solicita a la Jefa de Servicio de Vivienda información complementaria relativa a los siguientes extremos:

a) Evaluación económica de los daños en la vivienda.

b) Si el interesado ha percibido ayuda alguna para la reparación de la vivienda, indicando, en caso afirmativo, las cantidades recibidas y, en caso negativo, los motivos de la denegación.

El requerimiento fue cumplimentado el siguiente día 11 de abril mediante la remisión de la ficha de evaluación de daños y de la Orden resolutoria de denegación de la ayuda por no ser la vivienda afectada residencia habitual de la unidad familiar.

OCTAVO.- El Centro Meteorológico Territorial en Murcia del Instituto Nacional de Meteorología, a requerimiento de la instructora, informa que la precipitación registrada en la estación meteorológica de Mula, que es la más próxima a la localidad de Albudeite, durante el día 16 de octubre de 2003, fue de 80 litros por metro cuadrado.

NOVENO.- Por la instructora se procede a comunicar al reclamante la apertura de período de prueba a fin de que “fije y concrete la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos”.

Como medios de prueba de dichos daños el interesado remite la siguiente documentación:

a) Declaración de D. F. G. S., albañil, en la que estima que la reparación a efectuar consistirá en el cambio de tejas y tapar grietas en paredes y techos con posterior enlucido; obras que presupuesta en 6.500 euros.

b) Relación y valoración de electrodomésticos y mobiliario a reponer, firmada por el reclamante.

DÉCIMO.- Mediante escrito de 6 de junio de 2006 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al interesado, sin que hiciese uso de él al no comparecer ni presentar alegación alguna.

UNDÉCIMO.- El 23 de enero de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por entender que no ha quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados. También estima la instructora que no se ha realizado una adecuada evaluación y valoración de los daños que se aduce haber sufrido.

DUODÉCIMO.- Con fecha 26 de enero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante acredita la titularidad de la vivienda en la que se alega haber sufrido daños (folio 52), gozando, por tanto, de la condición de interesado a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha de producción de los hechos (16 de octubre de 2003), ha sido ejercitada dentro del plazo de un año legalmente establecido (142.5 LPAC).

II. Si bien se ha procurado respetar las previsiones RRP, tal objetivo no se ha conseguido, puesto que se observa la omisión de trámites esenciales que, como veremos, obliga a retrotraer las actuaciones para proceder a su práctica.

a) En primer lugar es preciso destacar que se ha omitido el preceptivo informe del servicio público (Dirección General de Carreteras) a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable (art. 10.1 segundo párrafo RRP). Este informe no sólo es preceptivo sino, además, determinante, debido a la índole técnica de la causa que se señala como originadora de los daños (deficiente configuración de la rotonda de la autovía, junto a la que se encuentra ubicada la vivienda del reclamante). El informe debe, pues, analizar si el proyecto de construcción de la autovía era correcto en sus previsiones respecto a la configuración y drenaje de dicha rotonda, abordando, asimismo, si la ejecución se ajustó a las prescripciones técnicas del proyecto.

El parecer técnico, que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente, no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo

ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica respecto al reclamante de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, procede que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC). No obstante, si el parecer del técnico de la Administración fuera coincidente con el de la concesionaria, el informe administrativo podría sustituirse por una ratificación expresa por parte de aquél del contenido del informe del contratista.

Por otra parte, como se afirmaba en el citado Dictamen 16/2007, *“el carácter determinante del informe en cuestión implica, por su naturaleza, que el procedimiento no pueda resolverse válidamente sin obtener aquél. Ello no significa que sea vinculante, pues las consideraciones técnicas que contenga podrían ser contradichas por las alegaciones de otras partes por medio de la oportuna prueba, pero sí que es un acto de instrucción indispensable previo a la resolución final. En este sentido, que el artículo 42.5, c) LPAC citado establezca que la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento no podrá exceder de tres meses cuando tal suspensión venga motivada por la petición de esta clase de informes, no autoriza a resolver aquél prescindiendo de dicho informe, sino sólo que se produce el efecto de reanudar el plazo de resolución, a efectos de que el interesado que lo haya promovido pueda, en su momento, considerar transcurrido dicho plazo máximo y acudir a la vía judicial, si tal falta de resolución expresa tuviera un sentido desestimatorio de su instancia”*.

b) En segundo lugar, y como consecuencia del defecto procedimental al que se hace referencia en el apartado anterior, se produce el de no haber emplazado como interesado al contratista, al que se ha considerado como un mero informante, pues ni se le notificó en su momento la incoación del procedimiento ni se le ha otorgado trámite de audiencia final, junto al ofrecido al reclamante, vulnerándose, así, lo dispuesto en los citados artículos 1.3 *in fine* RRP y 97 TRLCAP. Conviene aquí recordar la STSJ de Galicia, a la que ya se hacía mención en el citado Dictamen 16/2007, en la que se afirma que la falta de emplazamiento en calidad de interesado no puede considerarse subsanada con la solicitud de informe, debido a la distinta naturaleza de ambas posiciones jurídicas (la de informante y la de presunto responsable).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede retrotraer las actuaciones para que se solicite nuevamente y se emita el informe del servicio competente a que se refiere el artículo 10.1 RRP, tras lo cual deberá otorgarse un nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y contratista), previamente a la formulación de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida, junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto, por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 118/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. G. A., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 03/09/07

Extracto de Doctrina

En las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4^a, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 15 de diciembre de 2004, D. M. G. A. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al imputar a los facultativos que le han atendido desde hace nueve años la comisión de posibles errores profesionales, que han desembocado en la realización de una mastectomía en ambos pechos, presentando secuelas por ello. Asimismo solicita que se le de traslado de la copia íntegra de su historia clínica en la que figuren también las distintas visitas efectuadas a la consulta del Dr. I. L. en el Centro de Salud de San Andrés, desde los años 1996 o 1997, como los diversos ingresos de la paciente en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de febrero de 2005 la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual se notificó a las partes interesadas, a la vez que se requirió a la reclamante para que propusiera los medios de prueba de que pretendiera valerse.

Al mismo tiempo se recabó la historia clínica de la paciente al Hospital Virgen de la Arrixaca y a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, así como el informe de los facultativos que la atendieron.

TERCERO.- Puesto que la reclamante fue atendida en el Centro de Especialidad Dr. Quesada Sanz, dependiente del Hospital Virgen de la Arrixaca, se remitió por este último Hospital copia de su historial, destacándose los siguientes informes que también se acompañan:

1º) El del Jefe de Servicio de Cirugía Plástica y Quemados, Dr. A., según el cual:

“En la visita de seguimiento efectuado a la paciente Dña. M. G. A. con fecha 25-4-05, la citada paciente admite tener todos los informes clínicos emitidos tras su tratamiento, así como estar satisfecha del trato y cuidado recibidos, por lo que este servicio de Cirugía Plástica no tiene nada que añadir a dichas manifestaciones”.

2º) El del Jefe de Sección de la Unidad del Dolor, Servicio de Anestesiología, Dr. A. M., según el cual:

“D. M. G. A. es atendida en la Unidad de Dolor por primera vez el 26/03/04, a requerimiento del Servicio de Cirugía Plástica (Dr. S.), por persistencia de mastodinia después de haberse practicado mastectomía subcutánea e implante mamario bilateral, en Diciembre de 2003, por mastopatía fibroquística.

Se estima como cuadro de dolor crónico con componente somático y neuropático, de intensidad EVA: 6/10 según la valoración de la paciente. Se instaura terapia con antiinflamatorios, opiáceos menores y tratamiento específico del componente de dolor neuropático (anticonvulsivantes y antidepressivos tricíclicos), siendo mantenido el mismo esquema de tratamiento por los distintos facultativos de la Unidad de Dolor sin obtenerse una solución satisfactoria. La eficacia normalmente es limitada.

En Marzo de 2004 se intenta solución quirúrgica al problema de dolor no resuelto. Se somete a nueva intervención por el Servicio de Cirugía Plástica.

03/06/04. - Acude nuevamente a la Unidad del Dolor por dolor persistente con las mismas características que al inicio. Sigue tratamiento similar con discreta mejoría.

En Octubre de 2004 está prácticamente sin dolor y se decide reducir progresivamente el tratamiento. Se realiza informe a petición de la interesada.

03/12/04.- Está trabajando (limpieza doméstica). Acude de nuevo a la Unidad del Dolor por reparación (desde hace tres semanas) de dolor no tolerable en mama derecha (mastodinia) con trastornos disestésicos y discreto edema en mano derecha. Se solicita prueba a Medicina Nuclear para descartar Síndrome Doloroso Regional Complejo tipo I.

07/01/05.- Por Medicina Nuclear se informa de rastreo óseo normal. Está pendiente la realización de una nueva gammagrafía dependiendo de la evolución clínica. Persiste el cuadro de dolor. Se sigue tratamiento para dolor somático/neuropático. La paciente conoce las posibilidades terapéuticas, sus inconvenientes y limitaciones. Se cita para nueva revisión.”

CUARTO.- El 1 de septiembre de 2006 emite informe la Inspección Médica alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. La asistencia prestada (a lo largo de años) se ajustó a la sintomatología referida, y con un diagnóstico correcto, ensayó pautas terapéuticas previas a la cirugía.

2. Los estudios ecográficos mamarios (normales), acudir a una consulta de cirugía plástica y la firma (por partida doble) del documento de Consentimiento Informado, denotan un grado de información y aprobación del tratamiento propuesto.

3. La mastectomía con reconstrucción estética es una opción terapéutica (efectiva) en la mastodinia severa, crónica y refractaria al tratamiento médico, cuya calidad de vida está afectada significativamente.

4. La persistencia de sintomatología no está relacionada con la intervención practicada.

5. En todo momento, se han proporcionado los cuidados y los medios adecuados para el tratamiento de la sintomatología referida, sin existir relación entre la patología que padece (factor somático) y las actuaciones practicadas.

PROPUESTA

Por todo lo anteriormente expuesto, y salvo mejor criterio, se propone la desestimación de la presente reclamación indemnizatoria”.

QUINTO. Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, no consta que presentara escrito de alegaciones, a diferencia de la aseguradora del ente público que sí aporta un dictamen médico colegiado que contiene las siguientes conclusiones:

“1. Paciente mujer de 23 años intervenida el 04/12/03 por el Servicio de Cirugía Plástica del HUVA con el diagnóstico de mastodinia y mastopatía fibroquística bilateral.

2. La paciente es remitida para valoración por Ginecología, ante el fracaso de las medidas adoptadas, con una afectación evidente en la calidad de vida.

3. Se descarta la posibilidad de enfermedad maligna antes de la intervención.

4. La paciente es informada y firma el documento de CI.

5. En el grupo de pacientes con mastodinia y/o mastopatía fibroquística que no responden al tratamiento habitual, está indicada la mastectomía, si bien no se puede garantizar plenamente la efectividad del procedimiento.

6. La técnica empleada es correcta. El seguimiento adecuado.

7. Ante la persistencia del cuadro doloroso se ofrece a la paciente todos los medios disponibles, incluyendo el tratamiento por la Unidad del Dolor y nueva intervención (30/06/04).

8. La paciente continúa en estudio y tratamiento por la Unidad del Dolor, con resultado variable a lo largo del tiempo.”

SEXTO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, acompañado del dictamen precitado, no consta que presentara alegaciones (folio 100), tras lo cual se adopta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

SÉPTIMO.- Con fecha 31 de enero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

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

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

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de reclamación, en caso de daños personales, empieza a computarse desde la determinación del alcance de las secuelas, según establece el artículo 142.5 LPAC y, aunque la reclamante no imputa el daño a ninguna actuación concreta, sino a posibles errores médicos en su tratamiento durante varios años, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en la temporaneidad de su ejercicio, puesto que la paciente fue sometida a una intervención para remodelación del surco submamario a finales de junio de 2004 (fue dada de alta el 2 de julio siguiente), y la acción se ejercitó el 15 de diciembre, dentro del mismo año, además de seguir tratamiento en la Unidad del Dolor del Hospital Virgen de la Arrixaca en fecha posterior (7 de enero de 2005).

TERCERA.- Procedimiento y medios probatorios.

A la vista de la documentación remitida, puede afirmarse que, en lo sustancial, se ha seguido lo establecido al respecto en la LPAC, y en el RRP, salvo el plazo máximo para resolver previsto en el artículo 13.3 del precitado Reglamento.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia total de prueba por parte de la reclamante de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible a la misma; en el presente supuesto no han sido cuestionados o rebatidos los informes médicos de los facultativos del Hospital Virgen de la Arrixaca, de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora, pues ni tan siquiera la interesada ha comparecido en los dos trámites de audiencia otorgados. A este respecto la SAN, de 27 de junio de 2001, destaca *“Que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”*.

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

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

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La reclamante achaca al servicio público sanitario, no en términos de certeza sino de posibilidad, la existencia de ciertos errores por parte de los ginecólogos que le atendieron durante años, sin que alcance a determinar cuáles fueron y a qué praxis médica achaca las secuelas que alega.

Sin embargo, dichas imputaciones quedan relegadas a meras manifestaciones de la reclamante ante su pasividad probatoria, frente a la existencia de las valoraciones técnicas de la asistencia prestada por los facultativos de la sanidad pública que concluyen en su adecuación a la “*lex artis*”. A este respecto conviene recordar, como reiteradamente ha indicado el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen 29/2006), la necesidad de que las imputaciones de los reclamantes sobre inadecuada *praxis* médica por parte de los sanitarios públicos vayan acompañadas de los correspondientes medios probatorios, jugando un papel esencial las pruebas periciales cuando se reprocha al profesional de la sanidad pública errores en el curso de una intervención quirúrgica, o actuación sanitaria.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleve a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, ha de estarse al parecer de la Inspección Médica, dado el carácter eminentemente

técnico de la misma (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005 del Consejo Jurídico), que no aprecia infracción de la *lex artis*, según se transcribe en el Antecedente Cuarto, concluyendo que la asistencia prestada a lo largo de años se ajustó a la sintomatología alegada por la paciente y con un diagnóstico correcto, y que, en todo momento, se han proporcionado los cuidados y los medios adecuados para el tratamiento de la sintomatología referida, sin que exista relación entre la patología que padece (factor somático) y las actuaciones médicas practicadas.

A mayor abundamiento la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado, sino de medios y, en el presente supuesto, el servicio sanitario puso todos los medios posibles para la curación del paciente en el sentido expuesto por la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005: *“A la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que puede sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. Esto es así porque lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (...)*.

En consecuencia, conforme a la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999, la ausencia de prueba de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible a la parte reclamante, debe abocar a la desestimación de lo pedido, sin que tampoco la reclamante haya concretado la cuantía indemnizatoria reclamada durante la tramitación del presente expediente.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no concurrir los requisitos para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en materia sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 119/07.- Revisión de oficio instada por la sociedad cooperativa de viviendas C. del S. de Águilas contra liquidaciones complementarias en concepto de impuesto sobre actos jurídicos documentados.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 03/09/07

Extracto de Doctrina

Dicho en expresión concisa y breve empleada por la STC 55/1998, de 16 de marzo, el artículo 14 CE protege frente a una diferenciación de índole subjetiva. Este es el criterio

aplicado por el Consejo Jurídico, expresado para el ámbito tributario en el Dictamen 48/2001, en el que se acreditó la existencia injustificada de separación del precedente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 17 de mayo de 2005 D. Á. V. G. L., en nombre y representación de la S. C. V. C. S. de Águilas, presentó escrito al que denomina “RECURSO DE REVISIÓN DE OFICIO” contra los Acuerdos de Liquidación Provisional practicados por la unidad Gestora de Ingresos de Águilas, en relación con el Expediente de Gestión Tributaria n.º X, relativo a una “Escritura de Cuenta Corriente de Crédito con Garantía Hipotecaria”, resultando una liquidación que se notificó en fecha 29 de julio de 2004, no interponiéndose recurso alguno, por lo que devino firme; con el expediente de gestión tributaria n.º X, relativo a otra escritura pública de cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria, cuya liquidación fue notificada el 29 de julio de 2004 sin que haya sido recurrida; y con el Expediente de Gestión Tributaria n.º X, relativo a una “Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria”, en el que resultó una liquidación que se notificó también el 29 de julio de 2004, no interponiéndose recurso alguno, por lo que igualmente adquirió firmeza.

Según el escrito, “la sociedad reclamante se ha dado cuenta de que tiene derecho a disfrutar de la exención que la Ley 20/1990, sobre régimen fiscal de las Cooperativas, reconoce a las mismas; concretamente según el artículo 33 “Las cooperativas protegidas disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales: 1. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, exención, por cualquiera de los conceptos que puedan ser de aplicación, salvo el gravamen previsto en el artículo 31.1 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, respecto de los actos, contratos y operaciones siguientes: (...) b) constitución y cancelación de préstamos, incluso de los representados por obligaciones.”

La sociedad promotora de la acción de nulidad alega que tiene la condición de cooperativa protegida de acuerdo con el artículo 6.1 de la Ley 20/1990, adjuntando fotocopia de la escritura de constitución de la S. C. y copia de la Declaración Censal y del NIF. Según el representante de la sociedad interesada, excluyendo únicamente de exención el artículo 31.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la cuota fija correspondiente a las matrices y copias de escrituras; y, por tanto, estando exentas las demás operaciones, debe estar exento el préstamo y la constitución de la hipoteca en garantía del préstamo, por lo que solicita que se declare la nulidad de los Acuerdos mencionados en base al artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En este caso, dice la interesada, se está vulnerando el artículo 14 de la Constitución, al no ser objeto de tratamiento igualitario la S. C. en cuestión, en la aplicación de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, respecto de otras igualmente protegidas a las cuales se les aplica en el mismo supuesto la exención del impuesto.

Igualmente, al amparo del artículo 104 LPAC, solicita la suspensión del procedimiento.

SEGUNDO.- Instruido el expediente de revisión de oficio, informó el Servicio Jurídico Tributario de la Dirección General de Tributos (17 de julio de 2006) indicando que la

solicitud debería desestimarse respecto a determinados expedientes, así como inadmitirse respecto a otros; el Servicio Jurídico de la Secretaría General formuló propuesta de resolución desestimatoria, informada favorablemente por la Dirección de los Servicios Jurídicos en aplicación del artículo 7.1 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma.

TERCERO.- Elevada la consulta al Consejo Jurídico, mediante Acuerdo 8/2007 se solicitó a la Consejería consultante que completara el expediente con la preceptiva audiencia a la interesada ordenada por el apartado 4 del artículo 217 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), la cual formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en la Consejería el 14 de abril de 2007, siendo remitida a este Consejo Jurídico tal documentación y completado así el expediente el día 3 de mayo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

A la vista de lo que dispone el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, de la LGT, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Procedimiento.

La Ley General Tributaria, regula, en el Título V, la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT; con la Disposición Adicional Primera del Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprobó la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda, en relación con el artículo 51.1 b) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por el que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; y, finalmente, de conformidad con lo que dispone el artículo 16.1g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

Aceptada la legitimación de la instante, encontrándonos en presencia de actos firmes, invocada una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede entrar a conocer el fondo del asunto.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

La causa de nulidad de pleno derecho invocada por la interesada es la del artículo 62.1, a) LPAC, si bien en el expediente se alude a que la petición ha de entenderse referida al artículo 217.1.a) LGT. Resulta procedente aclarar que, dado que la entrada en vigor de esta última se produjo el 1 de julio de 2004 (Disposición final undécima) y que los actos a los que se achaca el vicio de nulidad son posteriores a esa fecha, del 6 de julio de 2004, debe

efectivamente aplicarse la nueva LGT. No obstante, los criterios de aplicación no difieren en ambas legislaciones en cuanto a esta concreta causa de nulidad.

La cuestión esencial que plantea la interesada es de derecho, de interpretación jurídica, que requiere la compañía de un resultado fáctico o término de comparación, que es la actuación administrativa en situaciones semejantes. Resulta indudable que la reclamante fue sujeto pasivo de unas liquidaciones giradas sin aplicar el artículo 33.1,b) de la citada Ley 20/1990, de cuyo tenor se deriva la exención en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de los actos jurídicos que se tomaron como representativos de la capacidad económica sometida a tributación, con excepción del referido a la cuenta de crédito. Junto a ello resulta también que, para girar las liquidaciones inaplicando la exención declarada, la Administración tributaria requirió a la cooperativa interesada, en todos los casos, para que justificara las condiciones de la misma, en concreto, para que aportara la acreditación de su condición de cooperativa, de su clasificación y de su inscripción en el Registro de Cooperativas, requerimiento no atendido por la interesada, que se limitó a declarar, mediante escrito de 2 de julio de 2004, su derecho a la exención.

Así pues, despejada la cuestión fáctica, procede determinar si esa actuación administrativa proyecta sus efectos en detrimento de la igualdad amparada por el artículo 14 de la CE, lo que nos conduce a acotar el alcance de la doctrina constitucional al respecto, en la vertiente del principio de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la Ley.

El Tribunal Constitucional ha venido relacionando tales supuestos con la práctica, judicial o administrativa, que se aparta del precedente seguido en ocasiones anteriores. No significa que la Administración esté incapacitada para variar sus criterios en la aplicación de la Ley sino que, ante situaciones idénticas, su apartamiento del criterio habitualmente sostenido debe justificarse, siendo contrario al principio de igualdad que la separación de tal criterio se produzca de modo arbitrario, sin motivación o fundamento razonable o suficiente (por todas, STC 25/1987, de 26 de febrero). También respecto a la relación jurídico-tributaria rige, por supuesto, ese deber de motivar la separación del precedente, de lo que resulta la prohibición de introducir en la aplicación de las normas tributarias discriminaciones que no deriven de los propios textos legales. Dicho en expresión concisa y breve empleada por la STC 55/1998, de 16 de marzo, el artículo 14 CE protege frente a una diferenciación de índole subjetiva. Este es el criterio aplicado por el Consejo Jurídico, expresado para el ámbito tributario en el Dictamen 48/2001, en el que se acreditó la existencia injustificada de separación del precedente.

La práctica administrativa a que en el particular expediente se hace referencia consiste en requerir a los contribuyentes para que acrediten las condiciones que justifican la exención alegada en sus autoliquidaciones, práctica que hay que entender constante, a la vista del expediente y, en concreto, del informe del Servicio Jurídico Tributario de la Dirección General de Tributos, de la propuesta de la Secretaría General de la Consejería y del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos. La interesada no ejercita actividad probatoria alguna que contradiga tal hecho, no debiendo desconocerse que en la vía ordinaria de gestión tributaria no atendió los requerimientos para acreditar las circunstancias que sólo ella podía aportar, habiendo consentido con posterioridad los actos liquidatorios correspondientes.

De ello es consecuencia necesaria que no se ha producido discriminación injustificada opuesta a la igualdad en la aplicación de la Ley amparada por el artículo 14 CE, de lo que se colige, inexorablemente, ausencia de violación de un derecho susceptible de amparo

constitucional que determine la nulidad de pleno derecho de la liquidación discutida, todo ello conforme a los artículos 217 LGT y 62.1,a) LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 217.1,a) LGT.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 120/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. N. Z., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 03/09/07

Extracto de Doctrina

No existiendo elemento probatorio que acredite que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, ha de estarse al parecer de la Inspección Médica, dado el carácter eminentemente técnico de la misma (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 23 de diciembre de 2003, D. F. J. M. M., en nombre y representación de D. A. N. Z., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los siguientes hechos, según describe:

El 17 de abril de 2003, el paciente, marido de la reclamante, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca por presentar cuadro de fiebre, cólico, exantema en la piel y dolor en boca, siendo ingresado en el Servicio de Medicina Interna. Pese a que la reclamante advirtió a los facultativos que el médico de cabecera de Lobosillo le había solicitado una serología de hepatitis y VIH, su marido iba empeorando, falleciendo el 18 de abril de 2003, por una parada cardiorrespiratoria según le indicaron, sin que tampoco nadie plantease la conveniencia de realizar una autopsia.

Imputa al funcionamiento del servicio público que no tuviera la vigilancia médica necesaria mientras estuvo hospitalizado ya que, mientras se consumía en la cama del hospital, los médicos pasaban uno tras otro, y no advertían su progresivo decaimiento, su respiración

agitada y todos los síntomas de los que se dejó constancia en el control de enfermería durante el Viernes Santo.

Asimismo reprocha a los facultativos que le atendieron en el Hospital que no dispusieran de la analítica sobre la serología realizada, y la tardanza en el envío de sus resultados al Centro de Salud de Lobosillo (el 24 de abril de 2003), cuando ya había fallecido el esposo de la reclamante.

SEGUNDO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite el 4 de febrero de 2004, la cual se notificó a las partes interesadas, a la vez que se solicitó la historia clínica del paciente, e informe de los facultativos que le atendieron en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

TERCERO.- El 23 de marzo de 2004, la parte reclamante presenta escrito de proposición de prueba; como documental, la petición del historial médico en el Centro Médico de Lobosillo y Hospital Virgen de la Arrixaca, orientada a comprobar las fecha de petición de los análisis de hepatitis y VIH, y de recepción de sus resultados, así como si fueron tenidos en cuenta por los facultativos del Hospital, y la razón por la cual no le fue practicada autopsia; también propone que se incorpore al expediente el informe médico de la empresa y el reconocimiento del paciente en el Centro Médico de la Caridad; y, como testifical, la declaración de la reclamante.

CUARTO.- Consta la historia clínica del paciente en el Consultorio de Lobosillo, remitida por la Gerencia de Atención Primaria, transcrita en los folios 101 y ss., así como la obrante en el Hospital Virgen de la Arrixaca, acompañada de un informe del Jefe de Servicio de Medicina Interna, de 9 de septiembre de 2004 (folio 95), que señala:

“1) La atención dispensada tanto en la Puerta de Urgencias como posteriormente durante su ingreso en planta por el personal médico de guardia, por tratarse de un día festivo, como de enfermería se ajusta a los cánones de la buena práctica médica. Cada vez que se requirió su presencia en la planta ésta se puso de manifiesto con presencia física y a las pocas horas de su ingreso incluso con una detallada historia clínica y exploraciones físicas y complementarias. Además, al acabar su turno reglamentario de guardia, la médico que valoró inicialmente al enfermo pasó a comprobar cómo había evolucionado, sin necesidad de ser requerida para ello.

2) A la afirmación de que en la planta le retiraron el tratamiento y le cambiaron el diagnóstico cualquier comentario resulta ocioso, puesto que esa fue la nueva impresión que la evolución del enfermo le sugería a los médicos.

3) Respecto a la afirmación del nivel de gravedad del enfermo y su desconocimiento por parte de la demandante, llama la atención, dados los antecedentes que comenzaron muchos meses atrás de deterioro progresivo del estado general como lo demuestra el tratamiento crónico al que estaba sometido, la situación de prolongada baja laboral, el que su Médico de Cabecera le solicitara análisis serológicos muy específicos, y que dada su evolución desfavorable lo remitiera para su ingreso con carácter urgente en este centro hospitalario.

4) Según se desprende de las anotaciones del personal de enfermería (ver observaciones en el apartado tardes del día 18/04 “sobre las 18 horas llamo al internista de guardia por petición familiar; manifiestan que aunque lo ven mejor quieren que lo vea el Médico...”). En la anotación de la visita que respondía a esta petición está recogida la frase “la familia reconoce mejoría”.

5) *Respecto a la que parece ser la principal queja de la demandante acerca de por qué no se recogieron los resultados de la serología de la hepatitis y del VIH, previamente solicitados por su Médico de Cabecera, cabe señalar que, de acuerdo a las características clínicas del enfermo y a su evolución, en modo alguno hubieran cambiado el tratamiento ya instaurado”.*

QUINTO.- La Inspección Médica emite informe el 2 de agosto de 2005, alcanzando la siguiente conclusión:

“No existió mal funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. La asistencia sanitaria tanto a nivel de atención primaria, como durante el ingreso hospitalario, fue en todo momento la adecuada, ajustándose a la sintomatología y demandas realizadas (...) se propone la desestimación de la presente reclamación indemnizatoria”.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, la aseguradora Z. E. aporta dictamen pericial, realizado conjuntamente por tres especialistas en medicina interna, el cual concluye:

“1.- D. J. A. M. ingresó en el Hospital Virgen de la Arrixaca por un exantema maculopapular y fiebre. El diagnóstico de exantema en probable relación con fármacos es correcto y la retirada de los potencialmente implicados es la actitud recomendada en la literatura.

2.- El seguimiento del paciente durante su ingreso fue continuado pese a coincidir el mismo con días festivos.

3.- La evolución del enfermo, como señala la propia familia, fue favorable, por lo que la aparición de la parada cardiorrespiratoria que finalmente condujo al fallecimiento, resultó inesperada, no pudiendo descartar que la causa de la misma fuera una patología coronaria que debutó de esa forma y que nada tendría que ver con el motivo del ingreso del enfermo.

4.- El tiempo que se invirtió en la realización de la serología frente al VIH y su confirmación es el habitual, al tratarse de técnicas con cierto grado de complejidad.

5.- Desconocemos si los médicos del Hospital Virgen de la Arrixaca tenían acceso al resultado de la serología frente al VIH, informada un día antes de su ingreso, no siendo habitual que se pueda acceder a este tipo de datos con la misma facilidad con la que se dispone de otros parámetros analíticos.

6.- En todo caso y pese a la afirmación anterior, en nuestro criterio el hecho de haber conocido que el paciente era VIH positivo nada cambia la orientación diagnóstica y/o terapéutica del paciente a su ingreso en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

7.- Desconocemos la situación en relación con la infección por el VIH pero determinados datos clínicos y analíticos sugieren que nos encontremos en una situación muy avanzada de la enfermedad.

8.- Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc no existiendo indicios de mala praxis”.

SÉPTIMO.- El 27 de abril de 2006 se otorga un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, compareciendo en las dependencias del Servicio Murciano de Salud el letrado actuante, al que se le hace entrega del dictamen aportado por la Compañía Z., sin que conste que haya formulado alegaciones.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 28 de diciembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al estimar que no existe nexo causal entre el resultado producido y la actuación médica que, en todo momento, fue acorde con la *lex artis*, puesto que la asistencia prestada tanto en el Servicio de Urgencias, como en su ingreso en planta, fue la correcta a la vista de los síntomas que presentaba el paciente, careciendo de trascendencia en este sentido los resultados de la serología practicada, que no hubieran modificado el tratamiento.

NOVENO.- Con fecha 19 de febrero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamante, en su condición de esposa del paciente que recibió la asistencia sanitaria, ostentaría la condición de interesada, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP, si bien ha de dejarse constancia que no se acredita documentalmente dicho parentesco en el expediente, sin que tampoco haya sido cuestionado por el órgano instructor.

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

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de reclamación, empieza a computarse desde la manifestación del evento lesivo, según establece el artículo 142.5 LPAC, y el paciente falleció a primera hora del día 19 de abril de 2003, habiéndose presentado el escrito de reclamación el 23 de diciembre de igual año, dentro del año legalmente establecido.

A la vista de la documentación remitida, puede afirmarse que, en lo sustancial, se ha seguido lo establecido al respecto en la LPAC, y en el RRP, salvo el plazo máximo para resolver previsto en el artículo 13.3 del precitado Reglamento.

TERCERA.- Actuaciones sanitarias seguidas con el paciente.

A la vista del relato de los hechos que realiza la reclamante para inferir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el Consejo Jurídico considera de interés relatar las sucesivas actuaciones sanitarias seguidas con el paciente, comprobadas en la historia clínica, y relatadas en el Informe de la Inspección Médica, que no han sido discutidas por la parte reclamante en los dos trámites de audiencia otorgados, en los que no ha comparecido:

1°. El 28 de marzo de 2003, D. J. A. M. acude a su médico de atención primaria Dr. M. S. refiere “molestias, pérdida de kilos, decaimiento, crisis de estreñimiento y diarrea”. El Dr. M. solicita un análisis de sangre: hemograma y bioquímica con estudio hepático y serologías específicas de hepatitis A, B y C y VIH; realiza una hoja para interconsulta a Medicina Interna (no demorable), y ofrece al paciente la incapacidad temporal, que es rechazada, por lo que le hace el justificante del día anterior (folio 102).

2°. El 31 de marzo de 2003 vuelve a la consulta de atención primaria, presentando agudización en cara (enrojecida) y decaimiento, por lo que el médico le da la baja con fecha de la primera consulta.

3°. El día 4 de abril siguiente acude a consulta, pues ha tenido revisión en psiquiatría, aportando el informe y el tratamiento instaurado. Asimismo el día 7 de abril acude anotándose en la historia: “*se encuentra con los ánimos mejor, se encuentra más animado, y manifiesta que estuvo hablando con la psiquiatra y que se encuentra más animado, se le dice que no tome alcohol*”. El 10 de abril siguiente se anota: “*Samet 200. Algidol sobres. No alteración a auscultación cardio-respiratoria. No disnea, no estertores, no sibilancia. Se le dice si ha ido a Medicina Interna y dice que no, irritación de garganta*”.

4°. El día 14 de igual mes avisan para visita a domicilio por cuadro febril. A la exploración sólo se objetiva enrojecimiento de garganta, recomendando inicie tratamiento con Pantomicina de 500 mg, Efferalgan y observación. A los dos días, el 16 de abril, avisan de nuevo para que acuda a su domicilio, encontrándose desorientado y con cuadro de debilidad. Sigue con el cuadro febril, a pesar del tratamiento instaurado. Está pendiente del estudio serológico de hepatitis y VIH. El Dr. M. hace informe para consulta de atención especializada y deriva urgente al Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 41).

5°. El paciente acude al Hospital Virgen de la Arrixaca al día siguiente (17 de abril, jueves santo), a las 14:17 horas, presentando un exantema generalizado y candidiasis oral, siendo ingresado inmediatamente en Medicina Interna, iniciando tratamiento con antifúngicos vía intravenosa y localmente. Se anota en el ingreso que a primeros de abril el médico de cabecera le practica una serología de virus de la hepatitis y VIH.

Ese mismo día, a las 20 h., la temperatura es de 39°C, por lo que avisan al internista de guardia que vuelve a explorar y valorar al paciente. Solicita hemocultivos y urocultivo y, ante la posibilidad de que la sintomatología sea debida a una toxicodemia por fármacos, suspende el tratamiento psiquiátrico que estaba tomando el paciente.

6°. Al día siguiente vuelve a ser valorado por el mismo médico antes de irse “saliente de guardia”. Refleja en la hoja de evolución de la historia clínica: “*Mejor subjetivamente, ha eliminado secreciones respiratorias y esta mañana menos fiebre (37,3°C). No disnea. Ayer 1 deposición diarreica (...) Exploración: exantema menos intenso, generalizado*”.

Ese mismo día 18 de abril, a las 12:20 horas, avisan de nuevo al internista de guardia porque ha tenido dos deposiciones diarreicas; tras valoración de la situación y exploración abdominal, ajusta de nuevo el tratamiento con dieta absoluta y aumenta la sueroterapia.

Por la tarde sigue la fiebre de 38,5-39°C, y aunque los familiares lo observan mejor (según anotaciones del registro de enfermería, folio 77), quieren que lo vea un médico, por lo que avisan al internista de guardia, que refleja en la historia: “19:35 horas. La familia reconoce mejoría” y en la exploración: ACP: Rítmico a 128 lpm., y roncus bilaterales. Se indica Pro-Efferalgán iv, a la espera de ver la evolución.

7°. A las 23:50 sufre parada cardiorrespiratoria en planta y se inician maniobras de RCP. Se deriva el enfermo a UCI donde se realiza RCP reglada durante 35 minutos, sin conseguir recuperar la actividad hemodinámica.

Finalmente se anota el siguiente juicio clínico en el informe de ingreso y alta del Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 65 y ss.):

- Exitus
- Candidiasis oral.
- Fiebre y exantema generalizado.
- Dermatitis seborreica.
- Alcoholismo crónico.
- Habito tabaquito.
- Infección por VIH.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

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

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación

e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La reclamación se centra básicamente en tres aspectos: una inadecuada asistencia médica en el Hospital Virgen de la Arrixaca, el retraso en la recepción de los resultados de la serología de hepatitis y VIH, y la ausencia de realización de la autopsia.

1º) En relación con la primera de ellas, una inadecuada asistencia médica en el Hospital Virgen de la Arrixaca, las imputaciones de la reclamante no han ido acompañadas de la correspondientes pruebas periciales cuando se reprocha al profesional de la sanidad pública errores en una actuación sanitaria (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 29/2006) y, frente a sus manifestaciones, existen las valoraciones técnicas de la asistencia prestada por parte de la Inspección Médica y otros facultativos de la sanidad pública, además de los peritos de la aseguradora, que concluyen en su adecuación a la “*lex artis*”, y que no han sido cuestionadas por la reclamante en los dos trámites de audiencia otorgados, en los que no ha presentado alegaciones.

A este respecto conviene destacar que, pese a coincidir el ingreso con días festivos (jueves y viernes santo), existe constancia en la historia clínica de un seguimiento continuado del paciente durante su hospitalización, como resalta el Jefe de Servicio de Medicina Interna (folio 95):

“La atención dispensada tanto en la Puerta de Urgencias como posteriormente durante su ingreso en planta por el personal médico de guardia, por tratarse de un día festivo, como de enfermería, se ajusta a los cánones de la buena práctica médica. Cada vez que se requirió su presencia en la planta ésta se puso de manifiesto con presencia física, y a las pocas horas de su ingreso, incluso con una detallada historia clínica y exploraciones físicas y complementarias. Además, al acabar su turno reglamentario de guardia, la médico que valoró inicialmente al enfermo pasó a comprobar cómo había evolucionado, sin necesidad de ser requerido para ello”.

También conviene destacar la observación que contiene el informe de la Inspección Médica, relativa a que no favoreció el progreso de la enfermedad y el desarrollo de la infección el retraso del paciente en acudir al hospital para la instauración del tratamiento específico, existiendo una tardanza de 24 horas, desde que fue remitido, de forma urgente, por el médico de cabecera.

Sobre la valoración del paciente, y el tratamiento dispensado en el Servicio de Urgencias, que luego se completa en la planta de Medicina Interna, se establece en el informe clínico de ingreso y alta (folio 6) que, ante la presencia de un exantema máculo papuloso generalizado, con afectación de mucosas y fiebres, se planteó la sospecha de toxicodermia producida por fármacos, así como otras posibilidades, como una viriasis o vaculitis en paciente con etilismo crónico y dermatitis seborreica. También los peritos de la aseguradora manifiestan: *“en esta valoración queda establecido que el paciente presenta un cuadro*

exantemático maculopapular y eritematoso, acompañando de fiebre y que ha aparecido tras la introducción de diversos fármacos en un periodo de unas dos semanas antes de su ingreso. En esas circunstancias y teniendo en cuenta la afectación de palmas y plantas (...) la etiología más probable es la medicantosa. El hecho de que en el momento de ingreso se hubiera conocido que el paciente era VIH positivo no cambia la orientación diagnóstica del caso”.

2º) En cuanto al retraso en la recepción de los resultados de la serología, y si hubiera variado el tratamiento si se hubiera conocido que el paciente había dado positivo al VIH, tanto el Jefe de Servicio de Medicina Interna, como la Inspección Médica, coinciden en que el tratamiento se habría realizado de idéntica forma en el supuesto de conocer los resultados de los análisis (folios 95 y 133), como detalla la propuesta de resolución, por lo que la actuación sanitaria en relación con la serología que se practicó al paciente, aun cuando se le pudiera achacar de cierto retraso, pese a la opinión de los peritos de la aseguradora que sostienen que el tiempo es el habitual, al tratarse de técnicas de cierto grado de complejidad, no incidió en el tratamiento dispensando al paciente según sostienen los informes médicos obrantes en el expediente.

Por otra parte, dicho parecer no ha sido cuestionado por la parte reclamante, tras los trámites de audiencia otorgados, y previa retirada del informe de los peritos de la aseguradora en el último de ellos, según consta en el expediente.

3º. En cuanto a la falta de realización de la autopsia, la Inspección Médica señala que *“la práctica de la autopsia se realiza cuando el médico lo solicita y los familiares del fallecido lo consienten, o existe un interés familiar y el médico responsable de su solicitud considera justificada su realización”.*

Concluye que la realización de autopsias clínicas es un criterio clínico y no “una posibilidad de realización”, y que en todo caso puede ser solicitado por los familiares, hecho que no se produjo en el caso que nos ocupa.

Resulta igualmente de interés reproducir la observación a este respecto de los peritos de la aseguradora:

“Aunque es evidente que hubiera sido interesante desde el punto de vista clínico realizar dicho estudio necrótico, debemos recordar que el fallecimiento se produce el Viernes Santo. En los hospitales en los que trabajamos no se puede realizar estudios necróticos los fines de semana y/o días festivos, lo que suponía tener que mantener el cadáver al menos hasta el lunes en las dependencias del hospital, con el trastorno que una actitud como ésta genera en la familia, que no puede velar ni enterrar a su ser querido hasta 3-4 días después de su fallecimiento, por lo que salvo que existan una necesidad clara de realizar la necropsia, en circunstancias como ésta es habitual que no se realice”.

En todo caso, la realización o no de la autopsia no incide en el daño que se alega por la reclamante.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio que acredite que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, ha de estarse al parecer de la Inspección Médica, dado el carácter eminentemente técnico de la misma (Dictámenes núms. 133/04 y 56/2005 del Consejo Jurídico), que no aprecia infracción de la *lex artis*, según se transcribe en el Antecedente Quinto, concluyendo que la asistencia prestada se ajustó a la sintomatología y demandas realizadas, sin existir

relación de causalidad entre el funcionamiento del sistema público de salud y el fallecimiento del paciente.

A mayor abundamiento la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, y en el presente supuesto el servicio sanitario puso todos los medios posibles para la curación del paciente en el sentido expuesto por la STS, Sala 3ª, de 16 de marzo de 2005: *“A la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que puede sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. Esto es así porque lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (...).”*

Tampoco ha concretado la reclamante la cuantía indemnizatoria reclamada, lo que aboca, igualmente, a la desestimación de su pretensión.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no constar acreditados los requisitos para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en materia sanitaria.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 121/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª M. C. N. I., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 03/09/07

Extracto de Doctrina

Como ha destacado el TC, el deber de contribuir comporta también para los poderes públicos “exigencias y potestades específicas en orden a la efectividad de su cumplimiento por los contribuyentes” (STC 76/1990). No puede tampoco desconocerse que el ejercicio de tales potestades será más o menos intenso según la configuración de las operaciones inspeccionadas o la posición asumida por el obligado tributario, debiendo la actuación administrativa acomodarse proporcionalmente a ellas. Así, la incoación de actuaciones inspectoras y la ejecución de las liquidaciones de ella derivadas estará plenamente legitimada frente a quienes incumplen la obligación de declarar.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2006, D. C. N. I. formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que, según ella, se le habían ocasionado por la Dirección General de Tributos a consecuencia de los procesos judiciales que cita, los cuales había tenido que promover para conseguir la anulación de una liquidación contenida en el acta de disconformidad levantada por el Servicio de Inspección Tributaria, número X. nº X, relativa al Impuesto sobre Donaciones, y del expediente de recaudación ejecutiva que de ella se derivó. No obstante, indica que está pendiente de resolverse el recurso contencioso-administrativo ordinario nº X. Concreta su petición en la devolución de las cantidades embargadas, con sus intereses, más los honorarios de abogado y procurador, todo lo cual suma la cantidad de 8.000 euros.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación mediante Orden de 24 de abril de 2006 y asignada la instrucción a la Dirección General de Tributos, emitió el informe preceptivo del artículo 10 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial el Servicio de Valoración e Inspección Tributaria, fechado el 31 de octubre de 2006, en el que simplemente describe las actuaciones desarrolladas; dada audiencia a la interesada, amplió su pretensión indemnizatoria a los gastos provocados por los embargos.

TERCERO.- Consta unida al expediente la STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de octubre de 2006, dictada en el recurso 140/2006, en la cual la Sala estima la demanda interpuesta por D. C. N. I. y, con el allanamiento de la Comunidad Autónoma, anula el acta de disconformidad número X. nº X, relativa al Impuesto sobre Donaciones, y el expediente de recaudación ejecutiva que de ella se derivó.

CUARTO.- La propuesta de resolución, de 15 de febrero de 2007, concluye en la desestimación de lo reclamado, apoyando ello en una interpretación del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y en diversas resoluciones judiciales que conducen a negar la existencia de antijuridicidad, dada la razonabilidad de las actuaciones inspectoras desarrolladas.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Dado lo previsto por el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

Aunque la reclamación se ha ejercitado en tiempo y forma, resulta preciso advertir que, conforme a ella, se reclaman daños entonces no producidos, ya que la estimación de las pretensiones anulatorias que esgrime como causa del daño se producen a partir de la Sentencia de 30 de noviembre de 2006, con posterioridad pues al 29 de marzo de ese año, fecha de su reclamación. A la vista de los actos a los que se achaca el daño, hubiera sido conveniente el informe de la Agencia Regional de Recaudación. En todo lo demás se ha dado cumplimiento a las prescripciones esenciales de la LPAC y del Reglamento del Pro-

cedimiento de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Dados los términos de la reclamación y las consecuencias de la antedicha STSJ de 30 de noviembre de 2006, es necesario centrar el núcleo de lo debatido teniendo en cuenta que la reclamante fue beneficiaria de unas donaciones efectuadas por sus padres y abuelos el 11 de noviembre de 1992, no declaradas a efectos del Impuesto de Donaciones, por lo que la Inspección levantó la correspondiente acta el 6 de agosto de 1997, a la que siguió la liquidación y el expediente de recaudación ejecutiva. El 24 de julio de 2001 la interesada solicitó la declaración de nulidad de la liquidación contenida en el acta, inadmitida por la Consejería, acto confirmado por STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 2005; la misma Sala, en otra sentencia de 30 de enero de 2006, desestimó el recurso interpuesto por la misma interesada frente a los embargos derivados de la liquidación antedicha. Sin embargo, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 14 de abril de 2005, anuló por simulación las donaciones objeto de las liquidaciones controvertidas.

II. El artículo 142.4 LPAC dispone que *“la anulación en vía administrativa o por el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”*. El RRP también se refiere a esta modalidad de responsabilidad patrimonial, estableciendo en el artículo 4 que *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente”*.

Estos preceptos, según reiterada jurisprudencia y doctrina, deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización. La procedencia de la indemnización se determinará una vez constatada la existencia del daño o lesión patrimonial, y la concurrencia de los requisitos que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial establecen como necesarios para que éstos puedan imputarse a la Administración, lo que exigirá verificar que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que el daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, es decir, que no exista la obligación de soportarlo; y, finalmente, que haya un nexo causal adecuado, inmediato y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo producido.

Abundando en ello, el Consejo de Estado ha afirmado que para que la anulación de un acto o disposición administrativa genere derecho a indemnización es necesario que se funde en una ilegalidad manifiesta, ya que la relatividad del Derecho, como la de las demás ciencias sociales, convierte en inaceptable la tesis de que de todo desacierto de la Administración, cuando se produce en cuestiones esencialmente opinables, haya de deri-

vare forzosamente una exigencia rigurosa de responsabilidad patrimonial (Dictamen de 12 de julio de 1990). Abunda este órgano consultivo en dicha tesis en su Dictamen número 2186/2001, de 27 de septiembre, en el que señala que no puede imputarse responsabilidad patrimonial de la Administración *“por la sola razón de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anule el acto administrativo al estimar que los fundamentos jurídicos que lo sostienen no eran los correctos, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según unos determinados criterios siempre opinables. Sólo si ocurre una “flagrante desatención normativa” (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1986 y 15 de noviembre de 1989) cabría la procedencia de la indemnización.”*

III.- La particular posición de la Administración tributaria en la realización de sus actividades viene a ser también un elemento más de los que conforman el cuadro de normas y criterios en los que se enmarca la presente reclamación. En efecto, para el cumplimiento de sus funciones, la Administración goza de una potestad inspectora que tiene por finalidad *“comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias”* (art. 145.1 LGT), debiendo los interesados *“atender a la Inspección y prestarle su colaboración”* (art. 142.3 LGT), ostentando los funcionarios inspectores la especial cualidad de agentes de la autoridad (art. 6.1 RGI). Nos encontramos, pues, ante una sujeción especial del ciudadano en cuanto contribuyente, en la cual soportar la realización de actuaciones inspectoras constituiría una carga general de la vida colectiva de la que nadie puede evadirse, dado que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es un deber establecido en el artículo 31.1CE, el cual contiene una prohibición en la concesión de privilegios tributarios discriminatorios, es decir, de beneficios tributarios injustificados desde el punto de vista constitucional, al constituir una quiebra del deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado (STC 96/2002). Como ha destacado el TC, el deber de contribuir comporta también para los poderes públicos *“exigencias y potestades específicas en orden a la efectividad de su cumplimiento por los contribuyentes”* (STC 76/1990). No puede tampoco desconocerse que el ejercicio de tales potestades será más o menos intenso según la configuración de las operaciones inspeccionadas o la posición asumida por el obligado tributario, debiendo la actuación administrativa acomodarse proporcionalmente a ellas. Así, la incoación de actuaciones inspectoras y la ejecución de las liquidaciones de ella derivadas estará plenamente legitimada frente a quienes incumplen la obligación de declarar.

CUARTA.- Inexistencia de antijuridicidad.

Del expediente remitido y de la propuesta de resolución resultan las actuaciones desarrolladas por la Dirección General de Tributos tanto para el levantamiento del acta en su día impugnada, y posteriormente anulada, como para la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

De ello se infiere que existe daño, ya que la interesada ha debido desplegar actividad procesal para obtener la anulación de las liquidaciones derivadas de las donaciones también anuladas, daño que ella concreta en la devolución de las cantidades embargadas, con sus intereses, más los honorarios de abogado y procurador, todo lo cual suma la cantidad de 8.000 euros. A este planteamiento, sin embargo, debe oponerse la realidad de lo sucedido, por cuanto la devolución de las cantidades embargadas, con sus intereses, sería una consecuencia de la ejecución de la Sentencia que declaró la nulidad de la liquidación y, por tanto, algo ajeno a la pretensión indemnizatoria, ya que tiene sede propia para ejercitarse.

Los daños quedan circunscritos entonces a los procedentes de las minutas de abogado y procurador, respecto a los cuales es clara la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Es-

tado al no considerarlos indemnizables, ya que las partidas susceptibles de ser encuadradas en las costas procesales han de ser atribuidas, en su caso, por los órganos jurisdiccionales correspondientes de acuerdo con las Leyes procesales aplicables, sin que puedan ser modificados por la Administración, al amparo de la responsabilidad patrimonial, los pronunciamientos que se hagan en tal sentido (Dictamen CE 60/2006, de 2 de marzo).

Por cuanto se refiere a los daños morales, igualmente requieren la aportación de, al menos, algún principio de prueba acreditativo de su existencia, lo que tampoco se produce en el presente caso.

En tales condiciones, pues, no resulta posible estimar la presente reclamación.

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

CONCLUSION

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de antijuridicidad en el daño alegado, por las razones expuestas en las precedentes Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 122/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. B. P., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 12/09/07

Extracto de Doctrina

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, o de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de septiembre de 2004, D. D. B. P., actuando en nombre propio y en el de sus dos hijas menores de edad, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, por la defectuosa asistencia sanitaria recibida por su marido y padre de sus dos hijas, que determinó su fallecimiento.

Según la reclamante, su esposo D. P. F. G. es intervenido en el mes de octubre de 2002 a causa de una insuficiencia mitral severa secundaria a válvula mitral mixoide con ambas valvas prolapsadas, por lo que se le colocó prótesis mecánica en posición mitral.

Poco después ingresa por cuadro febril, que erróneamente se relacionó con vacunación, siendo diagnosticado con posterioridad de flutter auricular, sin que a dicho signo se le diera ninguna importancia y siendo normales las escasas revisiones a que se somete.

El 28 de agosto de 2003 acude al Hospital Morales Meseguer por cuadro de dolor abdominal de 5 días de evolución, siendo diagnosticado, de forma errónea, de probable cólico biliar.

Al día siguiente, 29 de agosto, al no ser efectivo el tratamiento aplicado y encontrándose cada vez peor, acude al Hospital de Molina donde es diagnosticado y tratado de faringitis aguda.

Continúa la reclamante que el día 31 de agosto acude el paciente al Hospital Morales Meseguer, falleciendo el día 3 de septiembre, a causa de un fracaso multiorgánico probablemente de origen séptico y, aunque en el informe de alta aparezca que esa sepsis era de origen no aclarado, una simple observación más detallada del paciente a lo largo de todo su proceso postoperatorio, tanto por parte de los médicos especialistas como del médico de cabecera, hubiera permitido detectar una endocarditis de evolución subaguda, complicación ésta muy frecuente en pacientes portadores de válvulas mecánicas en corazón, que puede ser prevenida y tratada a tiempo con un poco más de celo profesional.

La reclamante estima que esta cadena de errores en el seguimiento del enfermo condujo a su fallecimiento por un déficit diagnóstico de las presumibles y previsibles complicaciones (sobre todo infecciosas) de estas patologías valvulares, es decir un déficit de prevención y vigilancia, pues durante el año que sobrevivió a la intervención cardiaca presentó síntomas de sepsis.

Se reclama una indemnización total de 240.000 euros (120.000 euros para la esposa y 60.000 para cada hija), atendida la edad, profesión y situación familiar del fallecido.

La reclamación se acompaña de diversos informes médicos relativos a las asistencias recibidas en urgencias, así como un informe del cirujano que le operó, de fecha 5 de junio de 2003, descriptivo de la evolución del paciente desde la intervención de recambio valvular efectuada el 24 de octubre de 2002. Aporta asimismo la reclamante copia del Libro de Familia.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de septiembre de 2004, la Directora Gerente del SMS admite a trámite la reclamación y encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente, que solicita al Hospital Morales Meseguer, al Hospital Virgen de la Arrixaca, a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia y al Hospital de Molina la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente.

TERCERO.- La historia clínica remitida por la Gerencia de Atención Primaria revela los episodios en que fue atendido el paciente desde su intervención, con la siguiente cronología:

- 5 de noviembre de 2002: “*Enfermedad mitral (valv.) (cron.) no reumática NC*”.
- 18 de diciembre de 2002: “*Flutter auricular*”.

- 19 de febrero de 2003: “Catarro vías altas”.
- 1 de abril de 2003: “Sospecha miopatía no especificada”.
- 27 de agosto de 2003: “Epigastralgia”.

CUARTO.- Desde el Hospital Morales Meseguer, se remite la historia clínica e informe del Jefe de Unidad de Urgencias, según el cual:

“El paciente D. P. F. G. acudió a este Servicio de Urgencias refiriendo dolor en hipocondrio derecho irradiado a epigastrio, después de la correspondiente historia clínica se le practicaron pruebas complementarias analíticas y radiográficas a fin de aquilatar la etiología del proceso patológico, dado que la exploración clínica había resultado anodina. Una vez recepcionadas y valoradas las diferentes pruebas complementarias, que no arrojaban ningún dato significativo que nos hicieran sospechar el origen de su dolencia y encontrándose todos los resultados dentro de parámetros normales dados los antecedentes clínicos del paciente, junto a la adecuada respuesta a la medicación administrada que dejó asintomático al enfermo, el paciente fue dado de alta con tratamiento sintomático.

Consideramos que la actuación médica en todo momento estuvo sujeta a una adecuada práctica clínica, no existiendo error diagnóstico y por tanto el acto clínico siempre estuvo ajustado a “lex artis”.

Sentimos la tórpida evolución del paciente ya que en ningún momento se pudo aquilatar la etiología del proceso, incluso después de permanecer ingresado en los Servicios de Medicina Interna y UCI como así consta en el informe de este último Servicio”.

QUINTO.- Desde el Hospital de Molina se remite copia de la historia clínica e informe del facultativo que atendió al paciente en urgencias, según el cual:

“El día 29 de agosto (de 2003) fue asistido por mí en el servicio de urgencias del Hospital de Molina, el señor Don P. F. G., que refirió la siguiente sintomatología: náuseas, dolor epigástrico, dolor de garganta, sudoración y escalofríos, por lo que se le realizó un examen físico presentando el paciente, buen aspecto general, AC: con ritmo sinusal, y sonido de recambio valvular. ABD: Blando depresible sin masas ni visceromegalias, y una exploración neurológica normal, fiebre de 37,8° C, y en la exploración ORL, presencia de una faringe hiperémica, con secreciones blanco-amarillentas en sus paredes, como única focalidad infecciosa, sin presentar otra semiología de gravedad en el momento de la atención. Por lo que diagnosticué el episodio de faringitis bacteriana, y prescribiendo tratamiento con un antibiótico de amplio espectro, y antipiréticos, como corresponde al cuadro del diagnóstico. Dada la buena situación clínica del paciente, se procedió a dar de alta del servicio al paciente y seguimiento por su médico de Atención Primaria”.

SEXTO.- Por el Hospital Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica e informe del Cirujano del Servicio de Cirugía Cardiovascular que efectuó la intervención de sustitución valvular, según el cual:

“Paciente de 34 años, que fue intervenido en nuestro Servicio el día 24-10-2002, implantándose una prótesis mecánica SJM n° 31 en posición mitral por presentar insuficiencia mitral severa por prolapso de ambos velos valvulares.

El postoperatorio tanto en UCI como en planta de C.C. V. cursó con normalidad, siendo dado de alta el día 31-10-2002.

El paciente fue revisado en C. Externas de C.C.V. el día 7-1-2003 encontrándose afebril, con herida cicatrizada normalmente, tórax fijo. AC rítmica a 104 lpm, AP mvn. El paciente se encontraba en grado funcional II de la NYHA y I CCS, refiere dolor en MM.SS. a raíz de la intervención junto con movilidad limitada de dichas extremidades. También refería que tuvo episodio de Flutter auricular en Diciembre 2.002 tratado en el Servicio de Urgencias y que ingresó en el Hospital Morales Meseguer por problemas locales de la herida. Se solicita interconsulta a Neurología y Cardiología. Ecocardiograma, Rx de tórax y electrocardiograma.

El paciente fue revisado de nuevo el día 3-6-2003 aportando ecocardiograma del día 26-5-2003 que muestra: dilatación de cavidades izquierdas, FE 55%, prótesis mitral normofuncionante e insuficiencia aórtica ligera, PSAP 30 mmHg. El paciente refiere palpitaciones esporádicas seguía en grado funcional IINYHA y I CCS.

Electrocardiograma ritmo sinusal a 90 lpm con algún extrasístole ventricular; Rx de tórax cardiomegalia con campos pulmonares normales. El paciente fue valorado por Neurología y Cardiología. El paciente solicita informe clínico que fue realizado el día 5-6-2003”.

SÉPTIMO.- Tras comunicar a la reclamante que las historias clínicas se encuentran a su disposición y obtener ésta vista de las mismas, la instructora requiere a la interesada para que proponga las pruebas de que pretenda valerse, limitándose aquélla a proponer como única prueba la documental aportada junto a la reclamación y las historias clínicas obrantes en el expediente.

OCTAVO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es remitido a la instrucción el 6 de marzo de 2006. El informe se ha elaborado tras estudiar el expediente administrativo y efectuar comprobaciones personales en el Hospital Morales Meseguer y en el Hospital de Molina, a consecuencia de las cuales se incorporan al expediente diversos documentos.

La Inspección Médica, tras un exhaustivo análisis de las actuaciones asistenciales recibidas por el enfermo, considera que *“podría deducirse cierta descoordinación en el seguimiento del paciente, ya que fue visto en repetidas ocasiones y por varios facultativos distintos, no identificándose claramente el facultativo responsable, quizás no apurándose el diagnóstico diferencial todo lo que sería de desear, no comprobando los datos discordantes de la exploración y las evidencias de las pruebas complementarias, quizás no pautando antibioterapia adecuada y en tiempo y no extremando las precauciones en el seguimiento y registro de constantes, actuaciones y tratamientos”.*

Las conclusiones del informe son del siguiente tenor literal:

“1. Los datos valorados no muestran endocarditis.

2. El proceso que llevó al fallecimiento se desarrolló durante una semana en la que el paciente consultó en atención primaria, servicios de urgencias hospitalarios, ingresó en hospital y fue explorado en repetidas ocasiones por varios médicos. Algunos de los datos que muestra la historia clínica indican que existe la posibilidad de que en la evaluación del proceso que padecía no se hayan tenido en cuenta todas las evidencias disponibles para la adecuada atención del paciente y que esto llevase a un desenlace no esperado”.

NOVENO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, el reclamante se adhiere al informe de Inspección Médica, estimando que concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial.

Por su parte, la aseguradora del SMS aporta dictamen médico, que alcanza las siguientes conclusiones:

“J. D. P. F. G. presentaba una insuficiencia mitral severa como consecuencia de un prolapso valvular.

2. De forma correcta se le indicó la sustitución de dicha válvula por una prótesis metálica, existiendo consentimiento informado firmado por el paciente para dicha intervención.

3. A los 15 días del alta hospitalaria fue ingresado por un cuadro febril que se puso en relación con la administración de la vacuna antigripal y antineumocócica. Se descartó en ese momento y en el seguimiento posterior la presencia de una endocarditis como causa de la sintomatología del paciente.

4. A finales de agosto de 2003 consulta por un cuadro de dolor abdominal que se valoró de forma completa en atención primaria y en el Hospital Morales Meseguer. De la valoración clínica, las múltiples exploraciones complementarias practicadas y la mejoría del enfermo en el Servicio de Urgencias del Hospital, (se desprende que) la decisión de dar de alta al paciente con tratamiento sintomático es correcta, recomendándose control ambulatorio.

5. A las 24 horas consulta en Urgencias del Hospital de Molina, presentando además del dolor abdominal, dolor de garganta con datos que sugerían infección a dicho nivel, por lo que, dada la ausencia de datos de gravedad en la valoración realizada, se le da de alta con tratamiento antibiótico, siendo ésta una decisión correcta en nuestro criterio.

6. Más de 24 horas después, consulta nuevamente en el Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer por persistencia de la sintomatología abdominal a la que se asocia un cuadro sincopal, por lo que, pese a la inespecificidad de la exploración física y las pruebas complementarias, se decide ingresar al enfermo, siendo esta una decisión acertada.

7. Durante el ingreso en planta se realiza un estudio completo del paciente. El manejo del mismo en planta resulta, en nuestro criterio, correcto.

8. Pese a ello se produjo una evolución fulminante, falleciendo el paciente en situación de fallo multiorgánico, sin que pese a todas las exploraciones practicadas se haya podido determinar la causa del mismo.

9. Desconocemos las causas del fallecimiento del paciente, por lo que las apreciaciones de la Médico Inspector sobre la posible influencia de los supuestos errores en el manejo del enfermo, no dejan de pertenecer al campo de la mera especulación.

10. Los médicos clínicos no basamos nuestras decisiones en meras especulaciones, sino que lo hacemos en los datos aportados por la clínica y las pruebas complementarias, y en este caso es evidente que todas ellas no permiten establecer con claridad la causa del fallecimiento del enfermo, por lo que no se puede establecer que la causa del mismo sea una supuesta incorrección en el manejo del paciente.

11. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la “lex artis ad hoc” no existiendo indicios de mala praxis”.

DÉCIMO.- Solicitado informe pericial a la Cátedra de Medicina Legal, fue remitido por su titular el 28 de febrero de 2007, concretándose en las siguientes conclusiones:

“Primera: La intervención quirúrgica realizada en el Servicio de Cirugía Cardiovascular del Hospital Universitario “Virgen de la Arrixaca” es adecuada y sigue los protocolos médicos. Las pruebas complementarias, y en concreto, la ecocardiografía realizada como consecuencia de la clínica que aparece tras la intervención descartan la presencia de una endocarditis infecciosa.

Segunda: El paciente acude el día 27 de agosto al Hospital de Molina de Segura y un día después al Hospital Morales Meseguer de Murcia con una sintomatología inespecífica en la que predomina la presencia de dolor abdominal. La exploración física realizada y las pruebas complementarias utilizadas descartan un foco infeccioso como causante del dolor abdominal. La asistencia realizada se ajusta a la lex artis ad hoc.

Tercera: Se aconseja al paciente que ante la persistencia o agravamiento del cuadro vuelva al Hospital Morales Meseguer, pero al día siguiente acude a un centro hospitalario diferente, en concreto al Hospital de Molina de Segura. Nuevamente refiere una sintomatología inespecífica en la que a las molestias gastrointestinales se añade dolor en la garganta y fiebre. En la exploración se observa una faringe inflamada, se diagnostica de faringitis bacteriana y se pauta el tratamiento correcto.

Cuarta: El día 31 de agosto de 2003 vuelve al Hospital Morales Meseguer de Murcia con dolor en hipocondrio derecho, sin fiebre. No presenta signos de irritación peritoneal. Es ingresado para ser estudiado. Se realizan las pruebas complementarias indicadas y no se encuentra ningún foco infeccioso. El seguimiento del paciente se ajusta a la lex artis ad hoc.

Quinta: Mediante la realización de las pruebas complementarias adecuadas y no seguir los criterios diagnósticos se descarta la presencia de una endocarditis infecciosa.

Sexta: La elevación del hemidiafragma derecho que se observa en el estudio radiológico realizado en el Hospital Morales Meseguer se relaciona con una parálisis frénica. Esta es una complicación típica de las intervenciones quirúrgicas de patologías cardíacas. La imposibilidad de poder contrastar el estudio radiológico realizado en el Hospital Morales Meseguer con otros previos, presentes en el Hospital Virgen de la Arrixaca, dificulta establecer otras consideraciones diagnósticas. No obstante, el paciente es ingresado y continúa su estudio y seguimiento y otras posibilidades diagnósticas son tenidas en cuenta, en función de la evolución del proceso.

Séptima: El paciente evoluciona de forma desfavorable y fallece. No se conoce la causa de la muerte ni el proceso que ha desencadenado el fatal desenlace, por lo que no se puede establecer una relación causal entre una posible deficiencia en la asistencia prestada y la muerte del paciente.

Octava: Considero que los diversos actos asistenciales prestados se ajustan a la lex artis ad hoc”.

UNDÉCIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas, la reclamante obtiene vista del último informe pericial, si bien no presenta alegaciones ni nuevas justificaciones en el plazo concedido al efecto.

DUODÉCIMO.- El 16 de abril de 2007 la instrucción formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el desgraciado fallecimiento del paciente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 3 de mayo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la esposa del paciente fallecido, actuando en nombre propio y en representación legal de sus hijas menores de edad (artículo 162 del Código Civil), es decir por quienes sufren el dolor de la pérdida de un familiar tan cercano, lo que les otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública de los centros sanitarios en los que se produjo la atención a la que se imputa el daño.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del

funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

1. Alegaciones de la reclamante.

Para la reclamante, el supuesto sometido a consulta muestra un error en la valoración de las complicaciones derivadas de la intervención quirúrgica de recambio valvular y en el seguimiento del enfermo, lo que condujo a su fallecimiento por un déficit diagnóstico de las previsibles complicaciones de la patología cardíaca que sufría. Afirmo, además, que durante el escaso año que el enfermo sobrevivió a la operación, manifestó signos y síntomas de pro-

bable sepsis que fueron erróneamente interpretados por los facultativos que le atendieron, quienes no supieron diagnosticar una endocarditis de evolución subaguda, complicación muy frecuente en pacientes portadores de válvulas mecánicas en el corazón, que, de haber sido descubierta a tiempo, podría haber sido prevenida y tratada.

2. La *lex artis* y su prueba.

Atendido el objeto de la reclamación, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, o bien por ser los médicos que le atendieron incapaces de diagnosticarla con las pruebas practicadas. La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al diagnóstico de la enfermedad, y si los facultativos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, o de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas, cuestión que aparece íntimamente relacionada con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que dicho criterio venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los re-

cursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La historia clínica evidencia las numerosas ocasiones en que el paciente requirió la prestación de asistencia sanitaria pública, hasta en tres hospitales y el seguimiento que del mismo se llevó cabo por su médico de atención primaria. En los repetidos episodios en que fue objeto de atención médica se le practicaron, además de la intervención de recambio valvular, de la que para la reclamante derivan todas las complicaciones que acabaron con la vida de su marido, innumerables pruebas diagnósticas, configurando un proceso asistencial extremadamente largo y complejo. Su valoración, en orden a determinar en qué medida y momento podía haberse identificado la, en opinión de la actora, verdadera etiología de las dolencias que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la aplicación de otras técnicas posibles pero omitidas, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina.

Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, resultan trascendentales los informes médicos obrantes en el expediente –el especial valor probatorio de estos informes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–.

3. Ausencia de endocarditis.

La alegación nuclear de la reclamante consiste en afirmar que su marido padeció una endocarditis de evolución subaguda que, a la luz de los signos y síntomas evidenciados tras la intervención, debió haber sido diagnosticada y tratada.

Lo cierto es que el expediente resulta contundente al contradecir dicha alegación. En efecto, los informes de la Inspección Médica, de la aseguradora del SMS y de la Cátedra de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Murcia, coinciden en negar la existencia de endocarditis, ante la ausencia de signos o síntomas propios de dicha patología (criterios diagnósticos de Dukes), que no es apreciada ni siquiera tras realizar una prueba idónea para su diagnóstico y de elevada sensibilidad como es el ecocardiograma transesofágico. Si a ello se une el hecho de que la interesada no aporta prueba alguna, singularmente un informe facultativo, que dé sustento a su alegación, ha de concluirse con los pareceres médicos obrantes en el expediente que el enfermo no padeció endocarditis.

4. Sobre otras posibles quiebras de la *lex artis* puestas de manifiesto por la Inspección Médica.

La Inspección Médica pone de relieve en las conclusiones de su informe que *“existe la posibilidad de que en la evaluación del proceso que padecía no se hayan tenido en cuenta todas las evidencias disponibles para la adecuada atención del paciente y que esto llevase a un desenlace no esperado”*.

Alcanza esta conclusión con base en las siguientes consideraciones médicas:

El informe de las radiografías de tórax realizadas el 28 de agosto en urgencias dice que hay elevación del hemidiafragma derecho, sugestiva de parálisis frénica. Sin embargo, la auscultación pulmonar de ese mismo día se anotó como murmullo vesicular conservado. Al día siguiente, en el Hospital de Molina, se indica que ventila normal. El día 31, de madrugada, acude al Hospital Morales Meseguer donde se aprecia silencio auscultatorio en mitad inferior derecha y elevación del hemidiafragma derecho en radiografía de tórax, ofreciendo ya coincidencia entre la auscultación pulmonar y la prueba radiográfica. Sin embargo, inicialmente existe una discordancia entre los resultados de la auscultación, que es aparentemente normal, y la elevación del hemidiafragma derecho y la parálisis frénica que muestran las radiografías.

La primera dosis registrada de antibiótico corresponde a las 16 horas del día 1 de septiembre (17 horas después del pico febril sufrido tras el ingreso).

Se apunta, además, la posibilidad de que el proceso que llevara al desenlace fatal fuera un embolismo, determinante de un infarto relacionado con un foco séptico y el derrame pleural que mostraba el paciente desde el postoperatorio inmediato.

La Inspección pone de manifiesto que *“quizás”* no se apurara el diagnóstico diferencial todo lo que sería de desear, *“no comprobando los datos discordantes de la exploración y las evidencias de las pruebas complementarias, quizás no pautando antibioterapia adecuada y en tiempo y no extremando las precauciones en el seguimiento y registro de constantes, actuaciones y tratamientos”*.

Ante tales consideraciones, a las que se adhiere la reclamante en el trámite de audiencia, el dictamen facultativo aportado por la aseguradora y el emitido por la Cátedra de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Murcia a instancias de la instrucción, pasan a valorar la actuación médica en las distintas ocasiones en que se prestó asistencia al paciente.

Para los peritos de la aseguradora, el hecho de no detectar en la exploración física la disminución del murmullo vesicular que acompaña a la elevación del hemidiafragma no es signo de mala praxis, pues si dicha elevación no es muy importante o no se eleva todo el hemidiafragma, la exploración puede ser anodina. En cualquier caso se realizó una radiografía que permitió establecer el diagnóstico.

Dicha consideración es confirmada por el informe del Catedrático, para quien la asistencia prestada al enfermo el día 28 de agosto en el Hospital Morales Meseguer es plenamente ajustada a la *lex artis*, toda vez que si la elevación del hemidiafragma es parcial, la abolición del murmullo vesicular puede pasar desapercibida. Tras el examen clínico realizado y la prolija batería de pruebas complementarias llevadas a cabo, no se observa ninguna alteración que haga sospechar la presencia de un cuadro infeccioso. Sólo se observa la elevación del hemidiafragma derecho, compatible con una parálisis frénica. Si esta obser-

vación se hubiera manifestado junto a alteraciones en el hemograma o signos indicativos de una irritación peritoneal en la exploración, la sospecha clínica se habría dirigido hacia una patología infecciosa.

La posibilidad de otros cuadros patológicos diferentes a la parálisis frénica, sigue el referido informe, fue considerada por el Servicio de Medicina Interna del Hospital Morales Meseguer, descartándose signos de irritación peritoneal. El día 31, y tras un pico febril, se busca un foco infeccioso mediante pruebas complementarias. No obstante, la ausencia de ese foco claramente objetivable y el hecho de que el paciente se encuentre estable al ingreso, hacen que no se pauté inicialmente el tratamiento con antibióticos, lo que se considera ajustado a normopraxis.

En relación con las otras posibilidades patológicas que pudieran justificar el fracaso multiorgánico que derivó en la muerte del paciente y que apunta la propia Inspección Médica, los otros informes obrantes en el expediente coinciden en descartar un tromboembolismo, en la medida en que el paciente se encontraba anticoagulado como tratamiento subsiguiente a la intervención de recambio valvular, siendo además contradictorio con los datos hemodinámicos existentes, que desvelan una presión pulmonar y de enclavamiento aumentadas.

También se descarta un posible taponamiento cardíaco, pues no se advierte en los ecocardiogramas realizados y es asimismo incompatible con el referido aumento de la presión de enclavamiento.

En cualquier caso, no se ha podido llegar a determinar de forma cierta e indubitada la causa de la muerte del paciente, pues, aunque se sospecha la implicación de un proceso infeccioso, éste no es identificado, a pesar de realizar numerosas pruebas al efecto.

Precisamente por ello, el informe de la Inspección Médica se mueve en el plano de la especulación y la suposición, como ilustra el uso en sus consideraciones finales y conclusión de palabras y giros como: “quizás”, “podría” o “existe la posibilidad”. La falta de certeza y rotundidad de tales expresiones impiden su uso como fundamento o justificación de un eventual pronunciamiento favorable a la reclamación, pues no puede basarse en ellas el establecimiento de un nexo causal, so pena de quedar éste trascendido de la misma incertidumbre y vaguedad.

Por el contrario, el dictamen emitido por la Cátedra de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Murcia es rotundo al afirmar que en todas y cada una de las asistencias sanitarias prestadas al enfermo se cumplió la *lex artis*, como asimismo concluye el informe aportado por la aseguradora del SMS.

En orden a formar la convicción de este Consejo Jurídico, la valoración de los pronunciamientos facultativos aportados al procedimiento habrá de llevarse a efecto aplicando la regla de la sana crítica, impuesta para tal operación por el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De conformidad con dicho criterio, el carácter tajante y terminante de las consideraciones vertidas en su dictamen por el profesor universitario, realizado a la vista de dos informes facultativos previos contradictorios (el de la Inspección Médica y el de la compañía aseguradora), ha de prevalecer sobre las apreciaciones meramente especulativas del informe inspector, pues de ellas no cabe considerar suficientemente probado que se haya infringido la *lex artis* en la asistencia prestada al enfermo. De hecho, las supuestas vulneraciones concretas a dicho criterio rector de la ciencia médica, apuntadas sólo como

posibles por la Inspección, han sido contradichas por los otros informes, que han calificado como adecuadas tanto la valoración médica que se hizo en su momento de la discordancia de resultados entre la auscultación pulmonar y la prueba radiológica, la no iniciación del tratamiento antibiótico antes del momento en que fue pautado, como la valoración de las alternativas patológicas que fueron descartadas.

Tampoco aprecia el Consejo Jurídico que se den en el supuesto los requisitos que doctrinal y jurisprudencialmente vienen siendo exigidos para la aplicación de criterios y reglas de apreciación de la prueba (doctrinas del daño desproporcionado, de la *faute virtuelle*, del *Anscheinsbeweis*, etc.) que pudieran matizar la exigencia de plena acreditación del nexo causal y la carga que, respecto de su prueba, pesa sobre la parte actora.

En consecuencia, procede informar favorablemente la propuesta de resolución, en la medida en que no ha quedado acreditado el necesario nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el desgraciado fallecimiento del esposo y padre de las reclamantes.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no concurren en el supuesto sometido a consulta los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 123/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a F. N. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 12/09/07

Extracto de Doctrina

Cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar el daño, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 22 de marzo de 2004 tuvo entrada en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ventanilla Única de Murcia (f. 17 exp.), un

escrito de reclamación formulado por D. F. N. R. contra la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, instando indemnización de los daños y perjuicios producidos al vehículo matrícula X. Según afirma, el accidente se produjo a las 10,30 horas del día 22 de marzo de 2003, como consecuencia de la existencia de un obstáculo adosado a un muro de una casa contigua a la calzada de la carretera E-18 a la altura de su kilómetro 2, a su paso por la pedanía de Pozo de los Palos y en dirección desde La Guía hacia los Molinos Marfagones, término municipal de Cartagena. Señala que el obstáculo citado consiste en un promontorio de hormigón y hierro acabado en arista y que sobresale precisamente donde se curva dicha carretera en un ángulo de unos 90 grados. Como consecuencia del golpe sufrido se produjeron daños, ya que reventó la rueda delantera derecha del vehículo al impactar con el promontorio; daños cuya reparación cifra en los 864,33 euros cuyo abono reclama. Adjunta facturas de reparación, extendidas a su nombre, permiso de circulación del vehículo, a nombre de D. J. A. N. R., permiso de conducción a su nombre y diversas fotografías del lugar del accidente, tomadas unas, según dice, el mismo día de éste, y otras en fecha posterior, en las que se advierte el obstáculo a que se refiere la reclamación.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 1 de abril de 2004 se pone en conocimiento de la reclamante la incoación de procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, y se acuerda un trámite de subsanación y mejora de la solicitud.

TERCERO.- Con fecha 28 de abril de 2004 comparece personalmente D. J. A. N. R., propietario del vehículo accidentado, para otorgar su representación a su hermana D. F. N. R., que también comparece y la acepta, en relación con la reclamación presentada por ésta.

Asimismo, el 30 de abril de 2004 se recibe de la reclamante la documentación solicitada por el órgano instructor en el citado requerimiento.

CUARTO.- El 11 de junio de 2004 se solicita informe del Parque de Maquinaria a efectos de determinar el valor venal del vehículo, sus daños y otras circunstancias de interés. Asimismo, se solicita informe de la Dirección General de Carreteras sobre los hechos alegados en la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 24 de junio de 2004 se recibe informe del Parque de Maquinaria, que determina el valor venal del vehículo en 12.250 euros en la fecha del accidente. En cuanto a los hechos acaecidos, señala lo siguiente:

“1. El obstáculo no invade la calzada y la anchura de la misma está limitada por la señalización horizontal.

2. El llamado obstáculo está colocado para evitar acercarse en exceso a la vivienda y evitar impactar directamente con ella, que sin duda produciría un accidente más grave.

3. La situación de la citada vivienda, su proximidad a la calzada, el paso por una zona de pequeño casco urbano y lo virado de la carretera, implica por parte de los conductores unas precauciones que al parecer no ha tenido la reclamante, dado que para impactar con el citado obstáculo hay que rebasar los límites de la calzada y es bastante evidente la presencia de la vivienda como para pasar tan próxima a ella que permita impactar con el mismo, con lo que estamos ante una imprudencia o despiste de la reclamante en absoluto achacable a la situación del obstáculo en sí.

4. Con respecto al valor de los daños estimamos que son elevados dado que si se impacta de forma que afecte al brazo inferior de suspensión, a la mancueta y a la llanta, los

daños en chapa deberían ser muy superiores a los presupuestados, por lo que entendemos que los reclamados son elevados y además no se entiende la diligencia en remitir las fotografías de la zona del accidente y no remitir ni una sola de los daños del vehículo”.

SEXTO.- Con fecha 8 de julio de 2004 se emite informe por la Dirección General de Carreteras, en el que se manifiesta lo siguiente:

“El tramo de carretera donde ocurrieron los hechos es competencia de esta Comunidad Autónoma, estando incluida la carretera en la Red de Carreteras de la Región de Murcia.

A) Sólo se ha tenido conocimiento del evento lesivo a través de la reclamación patrimonial.

B) Dado que la vivienda no es competencia de esta Dirección General, no podemos informar sobre lo que parece un apoyo de la cimentación o de los paramentos verticales de la misma, no pudiéndolo considerar un obstáculo en la calzada, puesto que está fuera de la carretera y, por tratarse de zona urbana, corresponde al Ayuntamiento de Cartagena informar sobre las alineaciones previstas en el PGOU de esa población.

C) No existen informes en esta Dirección General de la Guardia Civil de Tráfico indicando que en la travesía de Pozo de los Palos exista un punto peligroso, ni indicaciones o soluciones de señalización, como suele ser habitual, para eliminar o corregir algún tramo o punto que suponga un peligro al tráfico vial. Tampoco existen peticiones de particulares ni de las AAVV o del Ayuntamiento de Cartagena en ese sentido, por lo que no se puede considerar un punto con un elevado número de siniestros, dado que incluso en los últimos siete años nunca ha sido necesaria una intervención de la Brigada de Conservación con motivo de algún accidente.

D) Dado que la vivienda está fuera de la calzada, parece que el siniestro ha sido una actuación inadecuada del perjudicado.

E) Dado que las causas del siniestro son ajenas a la carretera, no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de la carretera.

F) No se puede imputar a esta Administración o a otras Administraciones la responsabilidad de los hechos, ni se conocen contratistas u otros agentes a los que atribuirle la responsabilidad.

G) La Travesía de Pozo de los Palos se encuentra con iluminación, señalizada verticalmente a una velocidad limitada de 40 km/h y con una señal de “paso estrecho” con prioridad en el sentido de circulación que se menciona en la reclamación, además de bandas laterales horizontales delimitando el borde de la calzada.

H) No se puede comprobar la valoración de los daños alegados.

I) No existen aspectos de carácter técnico en la producción del daño, dado que la vivienda que se supone con licencia del Ayuntamiento y sus elementos de construcción son competencia municipal”.

SÉPTIMO.- Con fechas 12 de julio de 2004 y 18 de marzo de 2005, se solicita de G. A. S. SL que informe *“si efectivamente el 22 de marzo de 2003, sobre las 10:30 horas, en la carretera E-18 a la altura del p.k. 2 a su paso por la pedanía de Pozo de los Palos, fue atendido por el Servicio de Asistencia prestado por esa Compañía el vehículo Peugeot 206, matrícula X, el cual conducía la interesada D. F. N. R.. Asimismo, solicitamos que en*

caso de haber efectuado dicha asistencia nos informen acerca del trabajador que efectuó dicho servicio: nombre, D.N.I y dirección completa a fin de poder ser identificado y citado para la práctica de la prueba testifical propuesta por la reclamante". El 6 de abril de 2005 la citada empresa contesta afirmativamente a lo señalado en el oficio en cuestión, indicando el nombre del trabajador que prestó el servicio de grúa y retirada del vehículo de referencia.

OCTAVO.- Con fecha 12 de abril de 2005 se cita a otro testigo propuesto por la reclamante para la práctica de prueba testifical, que se realiza el 6 de mayo de 2005, en que el testigo manifiesta haber presenciado el accidente.

NOVENO.- Mediante oficio de 6 de mayo de 2005 se otorga a la interesada el preceptivo trámite de audiencia y vista, compareciendo para tomar vista de las actuaciones, sin que conste la presentación de alegación alguna.

DÉCIMO.- El 27 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, conforme con los informes técnicos emitidos en el expediente.

UNDÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 30 de noviembre de 2006, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al actuar en representación del titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento; daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama: inexistencia.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamante imputa a una omisión de la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber eliminado o, al menos, señalizado, el obstáculo a que se refiere la reclamación, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen su deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, Consejo de Estado y Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos. Quiere decirse, pues, que, cuando se trata de casos como el que nos ocupa, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara la situación de que se trate.

Tales consideraciones en modo alguno suponen que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no ha sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse

que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, se coincide con la propuesta de resolución dictaminada en que no existe nexo de causalidad adecuado entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños por los que se reclama. Conforme con los informes técnicos emitidos, el saliente adosado a la casa colindante con la carretera no puede considerarse incluido en la zona de la calzada destinada al tránsito de vehículos, pues se encuentra fuera de la línea exterior pintada para delimitar el carril de circulación, según se advierte claramente en las fotografías aportadas por la propia reclamante. Teniendo en cuenta tal circunstancia, y el hecho de que se trata de un tramo urbano, en el que la calzada está estrechada por las viviendas colindantes, con la señalización adecuada (de “*paso estrecho*”) y limitación de velocidad a 40 km./h., resulta claro que la colisión del vehículo conducido por la reclamante con el obstáculo en cuestión es enteramente achacable a su conducta, al no adecuar su conducción a las circunstancias expresadas, como prescribe el Código de la Circulación.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No resulta acreditada la necesaria relación de causalidad entre los daños por los que se solicita indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos regionales. En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 124/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. T. F. F. en nombre y representación de la sociedad mercantil G. E. F., S.L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios tributarios.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 12/09/07

Extracto de Doctrina

1. El Tribunal Supremo va a exigir en un principio, para reconocer el derecho a indemnización de los daños derivados de un acto administrativo anulado, que la infracción del ordenamiento jurídico en que hubiera incurrido la Administración supusiere “una flagrante desatención normativa”, porque no es aplicable cuando la Administración ha actuado dentro de los límites normales de interpretación de la normativa aplicable (sentencias 10 de junio de 1986, 15 de noviembre de 1989, 27 de junio 1990); defendía, por tanto, lo

que se denominó “margen de tolerancia” en el actuar administrativo; pero esta doctrina va evolucionando hasta que el Alto Tribunal, en su sentencia de 11 de marzo de 1999, rechaza tal posibilidad por lo que supone de introducción de elementos subjetivistas en una institución constitucionalmente configurada como objetiva. No obstante, pese a esta primera declaración, el Tribunal Supremo concluye de modo similar al afirmar, como hemos visto, que, cuando hay un “margen de apreciación” en la interpretación y aplicación de un concepto jurídico indeterminado, si tal interpretación se ejercita “dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir ... conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resoluciones”. Por su parte, el Consejo de Estado ha afirmado que para que la anulación de un acto o disposición administrativa genere derecho a indemnización es necesario que se funde en una ilegalidad manifiesta, ya que la relatividad del Derecho, como la de las demás ciencias sociales, convierte en inaceptable la tesis de que de todo desacuerdo de la Administración, cuando se produce en cuestiones esencialmente opinables, haya de derivarse forzosamente una exigencia rigurosa de responsabilidad patrimonial (Dictamen de 12 de julio de 1990).

2. Se advierte por la doctrina que la expresión “motivos económicos válidos” presenta una gran complejidad interpretativa y que su aplicación como límite a la posibilidad de fraude debe analizarse caso por caso, ya que no existen criterios generales predeterminados, dato que confirma la jurisprudencia comunitaria y la doctrina de la Dirección General de Tributos estatal. Desde el punto de vista práctico la aplicación del precepto legal requiere entrar en un profundo conocimiento de los actos conflictivos para averiguar si la operación jurídica tiene sentido prescindiendo del elemento fiscal, conocimiento que se puede alcanzar a través de los resultados de la misma.

Debe tenerse en cuenta también que la aplicabilidad de beneficios fiscales en distintos tributos gestionados por diferentes Administraciones no debe suponer la estancamiento de criterios entre ambas, aunque la potestad de aplicación sí sea autónoma e independiente. Además de los principios generales de coordinación y cooperación que, originados en el artículo 103.3 CE, se expanden por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas, se opondría a tal desconocimiento de actuaciones el carácter unitario del sistema fiscal predicado por el artículo 31.1 de la CE, que requiere aplicar el conjunto de los impuestos con criterios de racionalidad y coherencia, algo que también es exigible desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos del contribuyente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 20 de enero de 2006 D. T. F. F., en nombre y representación de la Sociedad Mercantil G. F., S.L., formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por importe de 41.813,75 euros más los intereses legales correspondientes, por los daños que, según él, se le habían ocasionado por la Dirección General de Tributos como consecuencia de haber sido anulada la liquidación contenida en el acta de disconformidad levantada por el Servicio de Inspección Tributaria el 1 de diciembre de 2003, número X, relativa al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, ejercicio de 1998.

SEGUNDO.- En el expediente de inspección objeto de la reclamación de responsabilidad constan las actuaciones siguientes:

1) El 28 de enero de 1998 se otorgó escritura pública de aumento de capital por aportaciones no dinerarias, donde la mercantil G. F., S.L., procedía a aumentar su capital mediante emisión de acciones, con prima de emisión global por importe de 175.970.925,56 euros.

2) Con fecha 28 de febrero de 1998, fue presentada autoliquidación consignando que la operación estaba exenta de gravamen del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad de Operaciones Societarias, ello por aplicación del artículo 45.1.B.10 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su redacción dada por la Disposición Adicional 8ª.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

3) Como consecuencia de la diligencia de colaboración de 13 de diciembre de 2001 -remitida por la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que se encontraba comprobando la situación fiscal de la mercantil citada y de sus accionistas-, la Dirección General de Tributos procedió a iniciar las actuaciones de comprobación e investigación correspondientes al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en relación con la operación documentada en la escritura pública citada (10 de enero de 2002).

El inspector actuario, a la vista del hecho imponible y de la exención alegada por el contribuyente, elevó a sus superiores jerárquicos propuesta de solicitud de informe a la Administración Tributaria competente para la comprobación del Impuesto sobre Sociedades, esto es, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en particular, a la Oficina Nacional de Inspección. Se pretendía obtener información acerca de la pertinencia o no de la aplicación del régimen especial dimanante del capítulo VIII, Título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, ya que, si se cumplían las condiciones para la aplicación del referido régimen tributario, supondría automáticamente su aplicación en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias. La colaboración solicitada fue plasmada en varias diligencias de constancia de hechos, suscritas a lo largo de la comprobación y tramitación del expediente. Particularmente, en informe emitido el 2 de diciembre de 2002, el Jefe de Equipo nº 4 de la Oficina Nacional de Inspección indica que se ha producido un abuso del régimen de fusiones, pues se han obtenido ventajas que no se tenían con anterioridad, ventajas que han podido ser la causa de las operaciones realizadas, abusando de un régimen fiscal especial que está pensado para supuestos distintos de la optimización fiscal, como es que las empresas adapten su tamaño, se diversifiquen comercialmente, obtengan economías de escala y, en definitiva, resulten beneficiosas para la economía nacional.

4) El 3 de enero de 2003 fue solicitada por el Inspector actuario la ampliación del plazo de 12 meses para finalizar las actuaciones inspectoras, lo que fue concedido mediante Acuerdo del Inspector Jefe de 8 de enero de 2003. En ambos textos consta que la ampliación tiene causa en que la Inspección de Tributos del Estado (Oficina Nacional de Inspección, ONI) está comprobando la aplicabilidad al contribuyente del régimen especial previsto en el Capítulo VIII, Título VIII, de la Ley 43/1995, del Impuesto de sociedades, presupuesto determinante de la posterior aplicabilidad de la exención en el ITP, objeto de la comprobación que realiza la Administración autonómica.

5) Con fecha 19 de noviembre de 2003 se recibió en la Dirección General de Tributos el resultado de las actuaciones practicadas por la Oficina Nacional de Inspección, donde ésta disponía la inaplicabilidad del régimen especial dimanante del Capítulo VIII, Título VIII de la Ley 43/1995 a la citada mercantil. El informe realiza una amplia descripción de las ventajas fiscales obtenidas por los contribuyentes titulares de las acciones del G. E. F., S.L., indicando que, con la operación societaria, los contribuyentes inspeccionados obtuvieron las siguientes ventajas fiscales: a) ampliación del ámbito objetivo de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio; b) bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones del 95 por ciento; c) obtención de dividendos exentos en IRPF; d) finalmente, han obtenido la posibilidad de situar fondos en Sociedades de Inversión Mobiliaria sin perder la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. Esta circunstancia suponía la aplicación por la Administración Tributaria autonómica del régimen normal de tributación en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, denegando la exención practicada por el obligado tributario en su autoliquidación y, en consecuencia, regularizando su situación.

6) Como consecuencia de lo anterior, con fecha 1 de diciembre de 2003, fue incoada a la mercantil citada acta de disconformidad número X, por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, ejercicio de 1998, que es firmada y recibida por el representante de la mercantil. El Acta contenía propuesta de regularización tributaria por un importe de 2.459.443,47 euros de deuda a ingresar. En ella se expone que, dado que el expediente se inició como consecuencia de un escrito remitido por la Oficina Nacional de Inspección (el grupo empresarial y sus accionistas estaban siendo inspeccionados por dicha Oficina respecto a los tributos estatales, particularmente respecto al Impuesto sobre Sociedades), se solicitó a la Agencia Estatal de Administración Tributaria que informase acerca de la pertinencia o no del régimen especial de tributación en el Impuesto sobre sociedades alegado por el contribuyente, dado que si se cumplían las condiciones para la aplicación del referido régimen del Capítulo VIII, Título VIII, de la Ley 43/1995, supondría su aplicación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados.

7) Con fecha 17 de diciembre de 2003 se solicita por el representante autorizado de la mercantil la ampliación de plazo para formular alegaciones al acta, accediéndose por la Administración a su petición en fecha 19 del mismo mes y año, ampliando en siete días adicionales más el plazo establecido.

8) Con fecha 30 de diciembre de 2003, la mercantil reclamante presenta, en la oficina de Correos de Madrid, las alegaciones al acta incoada por la Inspección, que tienen entrada en la Administración regional el 16 de enero del 2004 y, el 28 de enero del mismo año, se dicta acuerdo por Jefe del Servicio de Inspección y Valoración Tributaria confirmando la liquidación contenida en el Acta.

9) Con fecha de entrada 16 de febrero del 2004, la mercantil presenta en el Registro de la Dirección General de Tributos recurso de reposición contra el acuerdo de liquidación, que fue desestimado mediante resolución de 25 de febrero de 2004, dictada por el Jefe de Servicio de Inspección y Valoración Tributaria, notificada al contribuyente mediante comparecencia el 16 de marzo de 2004.

10) El 30 de marzo de 2004 el G. E. F., S.L., interpuso reclamación económico-administrativa frente a la liquidación contenida en el acta, siendo estimada por el Tribunal Eco-

nómico Administrativo Central por Resolución de 2 de marzo de 2005 en la que acuerda: “ (...) anular la liquidación por haber prescrito el derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria”. La prescripción se aprecia después de considerar irregular la ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras, autorizado por el Inspector-Jefe el 8 de enero de 2003.

11) Por la citada empresa se solicitó la devolución de aval y el reembolso del coste de su mantenimiento, petición que fue estimada por acuerdo del Director General de Tributos reconociéndole el derecho a percibir el importe de 3.716,77 euros por tal concepto más otros 152,11 euros correspondientes al interés legal devengado.

TERCERO.- El 20 de enero de 2006 D. T. F. F., en nombre y representación de la S. M. G. F., S.L., formuló la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, reclamando que se le abonara la cantidad de 41.813,75 euros más los intereses correspondientes, en concepto de daños causados por la liquidación anulada por el TEAC, daños que provienen de los gastos de asistencia jurídica necesarios para ejercitar la adecuada defensa ante dicho órgano.

El 26 de junio de 2006 la Consejera de Economía y Hacienda dictó Orden admitiendo la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando a la Dirección General de Tributos como órgano instructor, orden que fue notificada al reclamante el 13 de julio siguiente.

CUARTO.- En la tramitación del procedimiento de responsabilidad se han realizado las actuaciones siguientes:

– A virtud de lo establecido en el artículo 10 del RRP, el Jefe del Servicio de Inspección y Valoración Tributaria de la Dirección General de Tributos ha emitido informe, el 21 de septiembre de 2006. Se limita a realizar una sucinta exposición de los antecedentes del expediente, careciendo de explicación alguna sobre lo expuesto en el escrito de reclamación.

– Con fecha 27 de octubre 2006 (notificación del 3 de noviembre siguiente) se acordó conceder trámite de audiencia a la reclamante por plazo de quince días, sin que compareciera para tomar vista del expediente ni formulara alegaciones.

QUINTO.- La propuesta de resolución, de 17 de enero de 1997, concluye en la desestimación de lo reclamado, apoyando ello en una interpretación del artículo 142.4 LPAC y en diversas resoluciones judiciales que conducen a negar la existencia de antijuridicidad, dada la razonabilidad de las actuaciones inspectoras desarrolladas.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Dado lo previsto por el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

La reclamación se ha ejercitado en tiempo y forma. Se ha dado cumplimiento a las prescripciones esenciales de la LPAC y del RRP sobre procedimiento, si bien es de lamentar la ausencia de argumentación en el informe emitido por el Jefe del Servicio de Inspección

Tributaria el 21 de septiembre de 2006, que nada aporta sobre las acciones desarrolladas por dicho Servicio.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial por acto administrativo.

I. En ocasiones anteriores ha manifestado el Consejo Jurídico (Dictamen 197/2002) que el instituto de la responsabilidad patrimonial nace con la finalidad de compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos y, traduciéndose frecuentemente el quehacer de las administraciones en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa en la adopción de actos de tal naturaleza que posteriormente sean anulados por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico. La LPAC da respuesta a este supuesto de hecho regulándolo de modo específico. Así en el artículo 102.4 (incardinado en el título VII donde se regula la revisión de los actos administrativos) establece: *“Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”*. Por su parte el artículo 142.4 del título X de dicho texto legal destinado a regular la responsabilidad patrimonial dispone: *“La anulación en vía administrativa o por el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”*. El RRP también se refiere a esta modalidad de responsabilidad patrimonial, estableciendo en el artículo 4 que *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente”*.

Estos preceptos, según reiterada jurisprudencia y doctrina, deben interpretarse en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente para que surja el derecho a indemnización. La procedencia de ésta se determinará una vez constatada la existencia del daño o lesión patrimonial, y la concurrencia de los requisitos que las disposiciones reguladoras de la responsabilidad patrimonial establecen como necesarios para que éstos puedan imputarse a la Administración, lo que exigirá verificar que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que el daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, es decir, que no exista la obligación de soportarlo; que haya un nexo causal adecuado, inmediato y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo producido.

II. Cuestión ampliamente debatida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es la referente al deber jurídico de soportar los daños causados por la anulación de un acto administrativo cuando ésta se produce por la valoración, por el órgano judicial, de conceptos jurídicos indeterminados en los que existe un margen de apreciación que hace compleja la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto.

Resulta a este respecto significativa la apertura a un cierto margen de “libre enjuiciamiento” para quien está llamado a aplicar el Derecho, como a la potestad discrecional de la Administración en sus funciones de concretar en los casos de que conoce la ejecución de la norma. Que la consecución del principio de seguridad jurídica tienda a reducir esos ámbitos de libertad no indica que los haya erradicado totalmente, aunque cada vez devienen más estrechos. Por lo que respecta a la Administración es contundente el art. 103.1, junto al 106.1, CE; la sujeción siempre a Derecho significa tanto a criterios que comprenden principios constitucionales y generales, como a las orientaciones jurisprudenciales, en tanto éstas suponen concreción de la norma a los muy diversos supuestos de que entienden y, precisamente, por la riqueza que deriva de la cambiante realidad, en ese afán de separar o distinguir para el logro de lo justo en cada caso.

El planteamiento general toma relieve cuando tratamos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido y alcance es incierto en mayor o menor medida. La posibilidad de pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos, no sólo diferentes sino incluso contradictorios, es un dato de la experiencia. El problema se nos suscita especialmente (y con ello nos aproximamos ya al tema de fondo del Dictamen) cuando una resolución administrativa ha sido corregida en sentido distinto por los mecanismos legales de revisión, sean administrativos o judiciales. Derivar de aquí la responsabilidad patrimonial de la Administración es el punto debatido. De nuevo la necesidad de acudir a un deslinde y tratamiento diferente, en supuestos asimismo distintos, se hace necesario pues, en principio, el grado de indeterminación de la norma no puede ser siempre un criterio decisivo para establecer la responsabilidad o no responsabilidad patrimonial de la Administración.

Cuando de lo que se trata es de la prestación material de servicios, toda vez que no existe frecuentemente en las normas reguladoras una determinación precisa de los niveles de prestación a que tienen derecho los ciudadanos, se hace necesaria una valoración de los estándares o niveles de prestación posibles o exigibles, siempre en función del caso concreto y de lo que podría razonablemente exigirse a la Administración prestadora, para de aquí derivar su posible responsabilidad patrimonial. Lo que puede suceder es que la acción administrativa, al ser revisada por el juez en esos niveles o estándares exigibles, sea seguida de un pronunciamiento también sobre la referida responsabilidad patrimonial. Sin embargo, cuando se trata de un acto administrativo formal anulado por la jurisdicción, o en una instancia de revisión administrativa, la cuestión se plantea en otros términos. Es preciso entonces acudir por separado a dos apreciaciones. En primer término es necesario atender a la norma, su contenido y alcance ha de verse a la luz de las formas o métodos de interpretación conocidos. En segundo lugar es necesaria frecuentemente una integración de elementos de la realidad, hechos concretos del caso que requieren muchas veces del auxilio de criterios técnicos o sociales.

Cuando nos hallamos ante indeterminaciones normativas derivadas del propio tenor de la norma aplicable, por la presencia de conceptos jurídicos indeterminados, la determinación de los mismos al caso particular ha de ser dilucidada dentro de la estricta técnica jurídica, como es el caso contemplado en el Dictamen 29/2001 de este Consejo Jurídico.

Con alguna frecuencia, sin embargo, la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que podrían hacer que la resolución administrativa se considerara razonablemente fundada a los efectos de declarar o negar la responsabilidad patrimonial de la Administración, requiere, además de interpretar el tenor de las normas, del análisis de factores técnicos, no propiamente jurídicos, que complementan y concretan el contenido normativo. Si, junto

a todo ello, nos encontramos con una jurisprudencia oscilante o sin criterios jurisprudenciales, se hace defendible conceder a la Administración un cierto margen de tolerancia en su función, imprescindible y necesaria, de resolver las cuestiones que se le suscitan. Consideramos que este es el supuesto del que trae causa el presente Dictamen.

Aun cuando, como vamos a ver, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es del todo coincidente, partiremos de unas consideraciones generales recogidas en la Sentencia de su Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 11 de marzo de 1999:

“El caso que contemplamos, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a estos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resoluciones.”

El Tribunal Supremo va a exigir en un principio, para reconocer el derecho a indemnización de los daños derivados de un acto administrativo anulado, que la infracción del ordenamiento jurídico en que hubiera incurrido la Administración supusiere “una flagrante desatención normativa”, porque no es aplicable cuando la Administración ha actuado dentro de los límites normales de interpretación de la normativa aplicable (sentencias 10 de junio de 1986, 15 de noviembre de 1989, 27 de junio 1990); defendía, por tanto, lo que se denominó “margen de tolerancia” en el actuar administrativo; pero esta doctrina va evolucionando hasta que el Alto Tribunal, en su sentencia de 11 de marzo de 1999, rechaza tal posibilidad por lo que supone de introducción de elementos subjetivistas en una institución constitucionalmente configurada como objetiva. No obstante, pese a esta primera declaración, el Tribunal Supremo concluye de modo similar al afirmar, como hemos visto, que, cuando hay un “margen de apreciación” en la interpretación y aplicación de un concepto jurídico indeterminado, si tal interpretación se ejercita “dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir ... conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al

interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resoluciones”.

Por su parte, el Consejo de Estado ha afirmado que para que la anulación de un acto o disposición administrativa genere derecho a indemnización es necesario que se funde en una ilegalidad manifiesta, ya que la relatividad del Derecho, como la de las demás ciencias sociales, convierte en inaceptable la tesis de que de todo desacuerdo de la Administración, cuando se produce en cuestiones esencialmente opinables, haya de derivarse forzosamente una exigencia rigurosa de responsabilidad patrimonial (Dictamen de 12 de julio de 1990). Abunda este órgano consultivo en dicha tesis en su Dictamen número 2186/2001, de 27 de septiembre, en el que señala que no puede imputarse responsabilidad patrimonial de la Administración *“por la sola razón de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anule el acto administrativo al estimar que los fundamentos jurídicos que lo sostienen no eran los correctos, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según unos determinados criterios siempre opinables. Sólo si ocurre una “flagrante desatención normativa” (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1986 y 15 de noviembre de 1989) cabría la procedencia de la indemnización.”*

III.- La particular posición de la Administración tributaria en la realización de sus actividades viene a ser también un elemento más de los que conforman el cuadro de normas y criterios en los que se enmarca la presente reclamación. En efecto, para el cumplimiento de sus funciones, la Administración goza de una potestad inspectora que tiene por finalidad *“comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias”* (art. 145.1 LGT), debiendo los interesados *“atender a la Inspección y prestarle su colaboración”* (art. 142.3 LGT), ostentando los funcionarios inspectores la especial cualidad de agentes de la autoridad (art. 6.1 RGI). Nos encontramos, pues, ante una sujeción especial del ciudadano en cuanto contribuyente, en la cual soportar la realización de actuaciones inspectores constituiría una carga general de la vida colectiva de la que nadie puede evadirse, dado que el deber de contribuir al funcionamiento de los gastos públicos es un deber establecido en el artículo 31.1CE, el cual contiene una prohibición en la concesión de privilegios tributarios discriminatorios, es decir, de beneficios tributarios injustificados desde el punto de vista constitucional, al constituir una quiebra del deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado (STC 96/2002).

Como ha destacado el TC, el deber de contribuir comporta también para los poderes públicos *“exigencias y potestades específicas en orden a la efectividad de su cumplimiento por los contribuyentes”* (STC 76/1990). Y, como ha señalado la doctrina, una de las primordiales tareas que corresponde desempeñar al Estado a ese respecto es la de asumir una actividad inspectora y comprobatoria en materia fiscal, pues sólo así se está en condiciones de garantizar la distribución justa de la carga fiscal que reclama el texto constitucional. Desde esa perspectiva *“la ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es (...) una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a “un sistema tributario justo” como el que la Constitución propugna en el art. 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria”*. En suma, la garantía del cumplimiento equitativo del deber de tributar por todos los contribuyentes explica y justifica constitucionalmente la ostentación de determinadas facultades por parte de la Administración

directamente incardinadas a combatir el fraude; y ello es así hasta el extremo de que pende sobre el legislador la obligación “de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, sancionando en su caso los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias.

No puede tampoco desconocerse que el ejercicio de tales potestades será más o menos intenso según la configuración de las operaciones inspeccionadas, debiendo la actuación administrativa acomodarse proporcionalmente a ellas. El ejercicio de los poderes extraordinarios conferidos por el ordenamiento sólo será legítimo frente a posiciones también extraordinarias de los sujetos inspeccionados.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

I. A lo largo del completo expediente remitido y en la acabada propuesta de resolución se exponen con amplitud las actuaciones desarrolladas por la Dirección General de Tributos, tanto para el levantamiento del acta en su día impugnada, y posteriormente anulada, como para la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

De la escritura que documenta el hecho imponible sometido a inspección tributaria, de las alegaciones de la reclamante, del informe del acta y de los informes emitidos por la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, resulta acreditado que la operación societaria que desencadena la actuación administrativa consiste en una ampliación de capital en la sociedad G. E. F., S.L., suscrita por los miembros de la familia F. (primera y segunda generación) mediante la aportación no dineraria de la totalidad de las participaciones representativas del capital de la sociedad G. C. F., S.L., siendo dicho acto el colofón de un proceso de reestructuración que dio lugar a una estructura empresarial de doble holding que, según la contribuyente, supone determinados beneficios para la gestión empresarial, tales como racionalización de los diversos negocios del grupo, diferenciación entre áreas de dirección y de gestión, optimización de recursos financieros y flexibilización de la entrada de nuevos socios al grupo. El proceso que culmina esta operación implica para los contribuyentes las ventajas fiscales descritas en el informe de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Antecedente Segundo, 5).

El hecho imponible resultante de la operación fue declarado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados como exento, con amparo en el artículo 45.1.B.10 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su redacción dada por la Disposición Adicional 8a.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que dispuso la exención para las operaciones societarias a las que sea aplicable el régimen especial establecido en el Título I de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, remisión que ha de entenderse hecha al Título VIII, Capítulo VIII –artículos 97 a 110– de la Ley 43/1995, del Impuesto de Sociedades (que sustituyó las previsiones de la citada Ley 29/1991), que, en la redacción vigente a la fecha de devengo del tributo, disponían un régimen especial para las operaciones societarias de reestructuración empresarial, estableciendo la limitación siguiente en el artículo 110.2:

“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”.

El fundamento del régimen fiscal especial reside, como se ha indicado, en que la fiscalidad no sea un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización. Por ello, entre los requisitos que se exigen para aplicar el régimen fiscal especial destaca la necesidad de que la causa que promueva la realización de este tipo de operaciones se justifique en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral. Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente con sustantividad empresarial, no es de aplicación el régimen especial.

Este régimen fiscal especial es una transposición de la Directiva 90/434/CEE, de Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores, en el que se obliga a aplicar el régimen de diferimiento a operaciones de reestructuración empresarial “comunitarias”. Con base en la sentencia Leer-Bloem, de 17 de julio de 1997, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cabe afirmar que la consecución de una ventaja fiscal no se considera motivo económico válido: *“motivos económicos válidos es un concepto más amplio que la búsqueda de una ventaja fiscal”*, por lo que doctrinalmente se ha deducido que no habrá motivo económico válido cuando se persiga sólo el objetivo del ahorro fiscal. El motivo de que se limite la aplicación del régimen especial es tratar de evitar que, bajo la apariencia de una determinada operación mercantil con un tratamiento fiscal beneficioso, se pueda encubrir algo distinto de una reestructuración empresarial.

El problema que suscita el artículo 110.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades es que emplea la expresión “motivos económicos válidos” como un concepto jurídico indeterminado, obligando a la Administración a realizar una interpretación difícil y exenta de pautas generales, lo cual exige actuar con la suficiente prudencia para evitar la inseguridad jurídica que podría afectar al contribuyente. Al servicio de esta finalidad el propio artículo 110 permite a los interesados realizar consultas vinculantes en relación a la operación a realizar, opción que, al parecer, no fue elegida por el contribuyente. Doctrinalmente se ha destacado que son varias las interpretaciones que caben del citado precepto. Una de las lecturas posibles de la cláusula de referencia sitúa esta doctrina muy próxima a la dogmática del fraude de ley, indicando que bastaría con que existiera un móvil fiscal para que pudiera aplicarse la cláusula antiabuso y, por tanto, la inaplicación del régimen especial, puesto que la redacción dada al artículo 110.2, pretende garantizar que los contribuyentes utilicen exclusivamente el referido régimen por motivos económicos válidos y no para lograr una estructura patrimonial, financiera o de forma jurídica que les permita aminorar su carga tributaria en relación con la que soportaban con anterioridad a la realización.

En conclusión, es evidente que la redacción dada al artículo 110 introduce grandes dificultades de aplicación y un riesgo de inseguridad a la hora de llevar a cabo las correspondientes actuaciones de inspección, por lo que los procedimientos administrativos de comprobación deben rodearse de garantías que despejen en todo lo posible las incertidumbres existentes.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, en sus Resoluciones de 16 de marzo y de 27 de julio de 2006, destaca que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 17 de julio de 1997, ha considerado por su parte que, *“para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal, o como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación. Tal examen debe ser susceptible de control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad (...) c) El concepto de motivo económico válido con arreglo al artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que es más amplio que la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como la compensación horizontal de pérdidas”*.

En definitiva, se advierte por la doctrina que la expresión “motivos económicos válidos” presenta una gran complejidad interpretativa y que su aplicación como límite a la posibilidad de fraude debe analizarse caso por caso, ya que no existen criterios generales predeterminados, dato que confirma la jurisprudencia comunitaria y la doctrina de la Dirección General de Tributos estatal. Desde el punto de vista práctico la aplicación del precepto legal requiere entrar en un profundo conocimiento de los actos conflictivos para averiguar si la operación jurídica tiene sentido prescindiendo del elemento fiscal, conocimiento que se puede alcanzar a través de los resultados de la misma.

Debe tenerse en cuenta también que la aplicabilidad de beneficios fiscales en distintos tributos gestionados por diferentes Administraciones no debe suponer la estancidad de criterios entre ambas, aunque la potestad de aplicación sí sea autónoma e independiente. Además de los principios generales de coordinación y cooperación que, originados en el artículo 103.3 CE, se expanden por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas, se opondría a tal desconocimiento de actuaciones el carácter unitario del sistema fiscal predicado por el artículo 31.1 de la CE, que requiere aplicar el conjunto de los impuestos con criterios de racionalidad y coherencia, algo que también es exigible desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos del contribuyente.

III. La negativa de la Agencia Estatal Tributaria a aceptar la aplicación de un régimen especial en el IS ha girado alrededor de la idea de que el fin empresarial de la constitución del doble holding carece, aparentemente, de entidad bastante; se infiere también que, de las consecuencias fiscales que se extraen para la mercantil y sus socios, adquiere cuerpo la idea de que tal operación ha tenido una finalidad exclusivamente fiscal. Así, afirma que la indicada reestructuración empresarial no se efectúa por motivos económicos válidos, sino que tiene como motivo principal o, al menos, como uno de sus motivos principales, la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Se pormenoriza esta conclusión ampliamente en el informe de 2 de diciembre de 2002, puesto de manifiesto al contribuyente el 12 de diciembre siguiente, y en la resolución del recurso de reposición formulado frente a las liquidaciones del Impuesto de Sociedades (folios 141 a 199).

Esta información fue solicitada a la Agencia Estatal de Administración Tributaria para procurar la coordinación de las actuaciones de ambas Administraciones; aquélla trasladó la resolución del recurso de reposición interpuesto frente a las liquidaciones contenidas en las actas relativas al Impuesto de sociedades el 19 de noviembre de 2003.

En el ámbito autonómico el Inspector actuario había solicitado del Jefe del Servicio la ampliación de plazo de comprobación de las actuaciones inspectoras invocando el artículo 31, ter, del Reglamento General de Inspección, hecho del cual dio conocimiento a la interesada el 8 de enero de 2003 (folio 87), notificando el acuerdo del Inspector Jefe ampliando plazo el 9 de enero siguiente, manifestando expresamente la representación de la interesada que no tenía alegaciones que hacer respecto a ello (folio 114).

IV. La Resolución del TEAC anuló la liquidación del acta al considerar que el acuerdo de ampliación de plazo no puede subsumirse en una de las causas que permite el artículo 31, ter, del Reglamento General de Inspección, el cual ha previsto los supuestos de solicitud de informe a otras Administraciones en el curso de las actuaciones inspectoras como un caso de interrupción del plazo para finalizar el procedimiento (art. 31 bis), aduciendo que éste es el mecanismo al que debiera haber acudido la Administración en el presente caso. A mayor abundamiento añade que se advierte también la irregularidad de no haber ofrecido audiencia a la entidad interesada con anterioridad al acuerdo de ampliación de plazo, lo que supone una clara situación de indefensión.

Indica el TEAC que “nos encontramos ante una potestad o facultad de actuación de la Administración Tributaria, otorgada directamente por el Ordenamiento, referida a un ámbito concreto, que es el de fijar el tiempo en que ha de desarrollarse el procedimiento inspector. A tal efecto, se establecen unas causas o motivos para la ampliación del plazo fijado en la norma con carácter general y se fija un procedimiento, que exige por aplicación de los artículos 3.1) y 22 de la Ley 1/1998, y 31, ter, 2, del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, la apertura de trámite de audiencia al interesado”. En el presente caso, el 8 de enero de 2003 el Inspector Jefe dictó acuerdo motivado ampliando el plazo y al día siguiente se hizo entrega del acto al representante de la entidad y se concedió un plazo de diez días para alegaciones que, sin embargo, no fueron presentadas. El Inspector Jefe, admitiendo las razones de especial complejidad argüidas por el actuario, motiva la ampliación del plazo en base a la necesidad de coordinar la actuación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Administración autonómica y en este sentido dice: “Considerando que para la aplicación de la exención declarada en el ITP y AJD sea aplicable, es preciso determinar previamente la aplicabilidad a la operación del régimen establecido en el Capítulo VIII, Título VIII de la Ley 43/1995. Considerando que la aplicabilidad de dicho régimen está en curso de comprobación por inspectores de la Administración Tributaria competente para la comprobación del impuesto sobre sociedades, esto es la AEAT, adscritos a la Oficina Nacional de Inspección”.

A continuación advierte que la argumentación esgrimida para considerar la existencia de especial complejidad viene a ser la conveniencia de obtener un informe de la Oficina Nacional de Inspección en el que, apreciada la aplicabilidad o no del régimen especial previsto en la Ley 43/1995, al que se ha hecho referencia, permita pronunciarse coordinadamente sobre la aplicación de la exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, hay que reseñar que el artículo 31 bis del Reglamento General de la Inspección de los Tributos prevé estos supuestos de colaboración sin necesidad de ampliar las actuaciones inspectoras, pues permite la petición de informes a órganos de cualquier otra Administración, con la consecuencia de entender interrumpidas justificadamente las actuaciones y con la única limitación de que la interrupción por este concepto no puede ser superior a seis meses, salvo que la solicitud sea formulada a otro Estado y, en consecuencia, este es el procedimiento al que debía haberse acudido en el presente caso.

Esta argumentación del TEAC no debe hacer olvidar que los artículos 31 bis y ter RGI contienen supuestos no necesariamente incompatibles entre sí, ya que la colaboración entre Administraciones vía informe puede requerir una ampliación de plazo para desarrollar adecuadamente las actuaciones inspectoras. Pero, más allá de esta observación, adquiere carácter esencial advertir que, tal como se expresa en la propuesta del Inspector actuario y se recoge en el Acuerdo de ampliación de plazo, éste se motiva en la necesidad de coordinar la actuación de ambas Administraciones, no meramente en la solicitud de un informe, coordinación que se manifiesta en que lo solicitado a la ONI el 29 de mayo de 2003 no es un mero informe, sino el resultado de las actuaciones inspectoras desarrolladas por dicha ONI, documentación remitida por ésta el 19 de noviembre de 2003, concretada en la contestación al recurso de reposición interpuesto por la interesada a las actas levantadas por el Impuesto de Sociedades por dicha ONI.

Junto a ello debe tenerse en cuenta que el acuerdo de ampliación de plazo es un acto de trámite, no susceptible de recurso en vía administrativa como el propio artículo 31 ter RGI indica y, en tales condiciones, aunque por ese mismo precepto se prevea la audiencia previa al interesado, mal puede afirmarse que la omisión de la misma constituye una clara indefensión, dada la naturaleza material de ese concepto en la doctrina constitucional. En efecto, el artículo 84 LPAC sitúa este trámite con especial precisión entre la terminación de la instrucción del procedimiento y la redacción de la propuesta de resolución. Esto es, cuando en el expediente consten ya todos los elementos de juicio a tomar en consideración para proponer la decisión. El trámite tiene como finalidad garantizar el derecho de defensa de los derechos e intereses de los afectados por esa decisión en toda su plenitud. De ahí que se descomponga en dos partes. Por una, la de facilitar a los interesados o sus representantes el expediente íntegro “salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”, y de otra, permitirles formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. En todos los procedimientos, este trámite así configurado, resulta de aplicación en ese concreto momento, debiendo habilitarse un plazo en los términos del artículo 84.2 LPAC. Por otra parte, el trámite se entenderá cumplido cuando el afectado manifieste expresamente su decisión de no utilizarlo.

La relevancia del mismo y su naturaleza garantizadora viene destacándose por la jurisprudencia, estimando su omisión un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.e), si bien únicamente cuando provoca una situación de indefensión real y efectiva o indefensión material (STS 30 abril 1999), la cual difícilmente puede darse cuando el interesado expresamente dijo que no tenía alegaciones que hacer al Acuerdo de ampliación de plazo (folio 114) y si, como ocurre en el caso presente, ha podido argumentar lo que ha considerado conveniente al impugnar el acto principal, que es la vía natural para alegar frente a los actos de trámite.

A este conjunto de datos se añade que, según manifiesta la AN en la Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, de 18 enero 2007, “*las normas que habilitan a la Administración para ampliar el plazo máximo de duración de actuaciones también la apoderan, dados sus términos, para apreciar de forma discrecional la concurrencia de los requisitos configuradores, pues la dificultad o complejidad de las actuaciones de comprobación no es un mero dato objetivo que pueda ser valorado con posterioridad y abstracción hecha de las circunstancias concurrentes, de suerte que las propias reglas que permiten la ampliación también dotan a la Administración de un cierto margen de apreciación que, dentro de los límites intrínsecos de la actividad de comprobación, resulta*

difícilmente fiscalizable en sede jurisdiccional, al menos si no se observa que la Administración ha obrado con arbitrariedad, lo que aquí es absolutamente descartable. De otro lado, que los motivos de la ampliación están perfectamente razonados, de suerte que no es válido invocar frente a la validez del acto de trámite que lo acuerda vicio alguno de motivación, que no puede estar presente por el mero hecho de que el interesado discrepe de los razonamientos verdaderamente exteriorizados”. Esta doctrina no es otra cosa más que la traslación a este particular ámbito de la jurisprudencia general sobre los márgenes razonables de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, expuesta en las SSTS de 18 de febrero de 2003, de 27 de diciembre de 2005, y de 24 de enero de 2006, todas de su Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Es decir, que la concreción de qué supone la especial dificultad en un caso concreto ha de ser valorada desde su propia particularidad, lo que requiere tener en cuenta, en primer lugar, la naturaleza y alcance de los actos que se someten a inspección y, en segundo, los medios que emplea la Administración tributaria regional para llevar a cabo dichas actuaciones. En cuanto a lo primero, resulta perceptible que se trataba de una operación diseñada para penetrar al máximo en el conjunto de ventajas fiscales extraíbles del ordenamiento tributario a partir de una reestructuración societaria, situándose en el límite de lo que indiciariamente permite dudar sobre la existencia de sustantividad empresarial. Al situarse voluntariamente en esta zona del campo tributario, el contribuyente conoce que han de ser aplicados conceptos jurídicos indeterminados tales como “motivos económicos válidos”, que él también emplea, y que el ámbito normativo que le sirve de fundamento a su opción fiscal está marcado por la proximidad del fraude y la evasión.

En cuanto a los medios a emplear, es de apreciar que la relatividad del concepto “especial complejidad” es observable en función de la Administración actuante, ya que no se pueden desconocer las circunstancias que rodean y condicionan la actividad administrativa; la exención en ITP, concepto operaciones societarias, objeto de la controversia, está inexorablemente vinculada a la aplicabilidad de un régimen especial del Impuesto de Sociedades particularmente complejo y, además, externo a la Hacienda regional. Bajo estos parámetros, vincular el resultado de las actuaciones inspectoras a lo actuado por la Hacienda estatal al inspeccionar el Impuesto de Sociedades, con el fin de coordinar procedimientos con el mismo sustrato, es una actitud a la que no cabe hacer reproche, y, por tanto, ajustada a la “lex artis ad hoc” o praxis deseable, ya que es apreciable que se han empleado todos los medios al alcance de la Administración inspectora, y que ésta ha puesto toda su pericia en realizar una calificación legal y coherente de la operación comprobada.

CUARTA.- Recapitulación.

Por parte de la Inspección Tributaria autonómica ha existido una actuación administrativa razonada y razonable, adecuada a la clase de operación jurídica cuyas consecuencias tributarias se trataban de dilucidar, lo que implica que la entidad reclamante tenía la obligación de soportar las consecuencias jurídicas de dicha actuación, que se han producido a través de decisiones acomodadas a estos procedimientos y viables.

A la vista de la jurisprudencia sobre el plazo de las actuaciones inspectoras (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, de 18 enero 2007) puede afirmarse que no hay lesión en sentido jurídico, pues la liquidación anulada se dictó por la Administración Tributaria Autonómica en el ejercicio de las funciones comprobadoras en las que los Inspectores, en virtud de norma habilitante, gozan de discrecionalidad, y el ejercicio de

dicha discrecionalidad, antes analizado, debe considerarse dentro de los márgenes de las posibles consecuencias del procedimiento inspector y, por tanto, es correlato de ello el deber jurídico del contribuyente de soportar las consecuencias derivadas, dada la ausencia de antijuricidad en la actuación administrativa (el Acta de disconformidad y Acuerdo de ampliación de plazo).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de antijuricidad en la actuación administrativa, por las razones expuestas en las precedentes Consideraciones.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 125/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. E. L. O., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 12/09/07

Extracto de Doctrina

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), al igual que el Consejo Jurídico (Dictamen núm. 77/2007), que si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública, en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada, o de objetos caídos o arrojados por terceros (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 27 de abril de 2005, D. D. J. E. L. O., en representación de D. F. M. M., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas,

Vivienda y Transportes, por los daños sufridos con motivo de un accidente de circulación ocurrido el 21 de noviembre de 2004, en la carretera C-415, en dirección Caravaca-Murcia (término municipal de Bullas), por la existencia de un obstáculo en la calzada, concretamente, una rueda con la que colisionó el vehículo, causándole daños en las cubiertas y llantas del lado derecho, desplazándolo hacia el arcén de la autovía.

Reclama la cantidad de 476,76 euros, acompañando copia compulsada de la factura y del Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de junio de 2005 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, y el 23 siguiente se recaba del Destacamento de Caravaca de la Guardia Civil de Tráfico las diligencias instruidas con motivo del accidente. Simultáneamente se dirige oficio al reclamante para que subsane los defectos advertidos en el escrito de reclamación, al tiempo que se le comunica la información exigida por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC).

TERCERO.- Con fecha 7 de julio de 2005 el Sargento 1º Jefe de Destacamento de Caravaca de la Guardia Civil remite las diligencias instruidas con motivo del accidente, que obran consignadas como documento núm. seis.

CUARTO.- El 8 de julio de 2005, el letrado actuante presenta la siguiente documentación debidamente compulsada:

- Documento nacional de identidad del representante.
- Tarjeta de inspección técnica del vehículo.
- Permiso de circulación.
- Póliza de seguro y recibo de pago de la prima.
- Declaración de no haber recibido indemnización alguna por este siniestro, ni de haber efectuado otra reclamación en vía civil o penal.
- Escritura de poder a favor del representante.
- Certificado de la entidad bancaria con los veinte dígitos de la cuenta corriente del reclamante.

QUINTO.- La empresa concesionaria de la Administración regional de la Autovía del Noroeste remite informe a la Dirección General de Carreteras, en el que se manifiesta lo siguiente:

- a) *“En la fecha y lugar indicados, el siniestro en cuestión fue atendido por el personal de vigilancia de esta empresa concesionaria, según consta en los registros y partes de los que se dispone. Dicho accidente es pues, cierto y real.*
- b) *De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado no se deduce actuación negligente del mismo o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho totalmente fortuito.*
- c) *El servicio de vigilancia específica que esta empresa concesionaria presta a lo largo de toda la autovía y sus accesos durante las 24 horas y durante todos los días del año, no detectó a su paso por el lugar del accidente la presencia del objeto*

(neumático) que fue causa del siniestro. Según consta en los partes de vigilancia, se efectuaron dos recorridos previos, pasando a las 17 horas y 18 horas aproximadamente por el punto kilométrico donde se produjo la colisión. A las 18 horas y 40 minutos se recibe en sala de control una llamada telefónica de uno de los afectados por la colisión comunicando tal circunstancia y solicitando la presencia del equipo de vigilancia, el cual se personó en el lugar a las 19,15 horas y 15 minutos después de recibir el aviso a las 18,45 horas en el kilómetro 0,5 de la autovía (E.S. O.).

La vigilancia de estos equipos se desarrolla de forma continua a lo largo de los 62 kms. del tronco de la autovía, estableciendo paradas programadas tanto en los enlaces como en el inicio y el final de la misma. Es por ello que consideramos no existe relación de causalidad entre el siniestro en cuestión y el servicio público, pues el deber de vigilancia y mantenimiento realizado por esta sociedad concesionaria y, en concreto, la posible omisión de los elementos encargados de la conservación de la vía y de la retirada de obstáculos existentes en ella, no puede exceder de lo razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia intensa y puntual que sin mediar lapso de tiempo cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento.

- d) Según lo anteriormente expuesto no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación contratado con esta empresa concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.*
- e) La señalización tanto vertical como horizontal, así como el balizamiento en toda la autovía y accesos, es la preceptiva según la normativa vigente. Al tratarse de una vía de gran capacidad que discurre alejada de zonas urbanas, no dispone de iluminación en ningún tramo como es normal en este tipo de vías.*
- f) y resto. Si bien el incidente, según consta en el Atestado de la Guardia Civil, se produjo de noche debe considerarse la posibilidad de que el vehículo no circulara con la debida precaución, pues a pesar de la escasa visibilidad una velocidad adecuada a las condiciones existentes en ese momento y una atención extremada por el conductor ante esas circunstancias podrían haber disminuido las consecuencias o evitado el siniestro”.*

SEXTO.- Con fecha 28 de septiembre de 2005 se solicita informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, que es reiterado el 2 de febrero de 2006, siendo evacuado finalmente el 16 de marzo del mismo año, en el sentido de manifestar que el importe de los daños alegados es conforme a los precios existentes en el mercado.

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de marzo de 2006 se otorga un trámite de audiencia al reclamante, sin que conste que haya presentado alegaciones.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 12 de abril de 2007, desestima la reclamación, en síntesis, por considerar que no están acreditados los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

NOVENO.- Con fecha 19 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, pues la legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales en las cosas se trata, a quien ostenta su propiedad, puesto que será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. También la actuación del letrado actuante, en representación del reclamante, ha quedado debidamente acreditada, según exige el artículo 32 LPAC, a través de la copia de poder notarial otorgado a su favor.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al pertenecer la carretera donde se produjo el accidente a la red viaria de su titularidad, según se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que el accidente ocurrió el 21 de noviembre de 2004, y la reclamación se presentó el 27 de abril de 2005 y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

Respecto al procedimiento cabe afirmar que se ha ajustado, en términos generales, a los trámites previstos en el artículo 6 y ss. RRP, salvo en el plazo máximo para resolver (artículo 13.3), habiéndose detectado ciertas paralizaciones durante la instrucción, que debe ser impulsada de oficio, como hemos destacado en nuestra Memoria correspondiente al año 2002. También es necesario reiterar consideraciones ya realizadas por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos el núm. 113/2006) acerca de que producido un cambio en la instructora del procedimiento dicha circunstancia ha de ponerse en conocimiento del interesado, al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC).

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el presente supuesto se infiere que el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, al relatar que circulaba por una carretera de titularidad regional cuando chocó con una rueda, produciéndole daños a su vehículo, sin mayor aclaración. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión, concretamente el deber de conservación, y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba la existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

Consta efectivamente la realidad y certeza del evento dañoso que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria deducida por el solicitante, debido -según resulta de las Diligencias instruidas por la Guardia Civil- a la existencia de un neumático en la vía, que debió de caer del vehículo de un tercero no identificado que circulaba con anterioridad al automóvil siniestrado. A este respecto cabe destacar que el obstáculo con el que colisionó el reclamante no es un elemento de señalización o funcional inherente al servicio público viario, sino una rueda abandonada en la vía.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), al igual que el Consejo Jurídico (Dictamen núm. 77/2007), que si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública, en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada, o de objetos caídos o arrojados por terceros (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).

En el presente supuesto, conforme a los partes de vigilancia, los servicios específicos de conservación de la autovía, que prestan sus servicios las 24 horas a lo largo de toda ella (62 Kms.), pasaron por el punto kilométrico donde se produjo la colisión, previo al mismo, a las 17 y 18 horas, sin que detectaran la presencia del neumático en la carretera, recibiendo una llamada telefónica de uno de los afectados en la sala de control a las 18,40 horas, tras lo cual se personaron en el lugar.

Por tanto, como sostiene la empresa concesionaria de la Administración, el deber de vigilancia y mantenimiento no ha excedido de lo razonablemente exigible conforme se

detalla en el informe obrante en el expediente, sin que este extremo haya sido cuestionado por el reclamante, que ni siquiera ha comparecido en el procedimiento tras el trámite de audiencia otorgado.

De otra parte tampoco aclara el reclamante las razones por las que no pudo esquivar el obstáculo existente en la calzada, aun cuando fuera ya de noche, teniendo en cuenta que el artículo 45 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1.428/2003, de 21 de noviembre, establece que todo conductor ha de adecuar su velocidad a las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación, de manera que siempre pueda detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión, y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse.

Por consiguiente la imposibilidad de establecer en el presente caso un nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la carretera y la presencia de un objeto perdido o arrojado a la vía por otros usuarios, lleva al Consejo Jurídico a compartir el criterio del órgano instructor, y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 126/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. E. C. H., como consecuencia de los daños morales derivados de expediente disciplinario.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/09/07

Extracto de Doctrina

Las conductas del reclamante contrarias al correcto orden y desenvolvimiento de la comunidad educativa en la que se encontraba (considerando a estos efectos tanto las acciones motivadoras de las sanciones disciplinarias que se le impusieron, como la conducta general reveladora de un ejercicio abusivo de su derecho a la formación académica), y que han de calificarse como antijurídicas, resultan ser, de modo esencial y determinante, los factores de la situación que, a la postre, daría lugar a los trastornos por cuyos daños se reclama. Tal circunstancia impide imputarlos, en términos jurídicos, a la Administración educativa

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 21 de octubre de 2005, D. E. C. H. presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Consejería de Educación y Cultura solicitando una indemnización de 75.665'36 euros por los daños psíquicos y morales sufridos a consecuencia del acuerdo del Consejo Escolar del Instituto de Educación Secundaria (IES) "Juan Carlos I", de Murcia, por el que se le impuso como sanción disciplinaria el cambio de centro escolar, acordando asimismo que, en tanto no se resolviese el traslado, el alumno habría de seguir sus tareas académicas en la biblioteca del Instituto; sanción que fue anulada por Resolución de 1 de junio de 2004 de la Dirección General de Enseñanzas Escolares que, en su lugar, le impuso una corrección consistente en la obligación del alumno de disculparse formalmente ante el profesor ofendido y la suspensión del derecho de asistencia al centro por seis días lectivos. Alega, en síntesis, que, al haber sido apartado en su día con carácter indefinido del normal desenvolvimiento de la actividad escolar, relegándosele a la biblioteca del Instituto, cayó en una situación de incertidumbre e inestabilidad emocional, acrecentada con la amenaza de una previsible expulsión definitiva, sufriendo un cuadro de ansiedad y trastorno depresivo secundario de tipo adaptativo. Por ello, solicita una indemnización de 75.655'36 euros, que desglosa así:

– 27.665'36 euros por 617 días de incapacidad por el trastorno de ansiedad y depresión (desde el 29 de enero de 2004, fecha en que se impone la sanción, y el 7 de octubre de 2005, fecha del alta, según informe médico que aporta), a razón de 48'08 euros/día, conforme con doctrina del TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, según afirma.

– 48.800 euros por daños morales.

Adjunta a su reclamación la siguiente documentación:

1. Acuerdo de la Dirección del IES "Juan Carlos I" de Murcia, de fecha 15 de diciembre de 2003, acordando la incoación de expediente disciplinario por la presunta comisión de una falta consistente en proferir ofensas verbales contra el profesor D. A. S. L.. En el folio 26 del expediente obra la denuncia de éste, de fecha 13 de diciembre de 2003, que expresa lo siguiente:

"A las 10'40 h. del día 13 de diciembre de 2003 he tenido clase con el curso cuarto E. Durante el transcurso de la misma, el alumno E. C. H. (al que había puesto en primera fila en un pupitre sin nadie al lado) se ha dedicado a lo que suele hacer: interrumpir continuamente con comentarios las explicaciones que se van dando. Las llamadas de atención han sido continuas.

Al finalizar la hora y cuando ya los alumnos recogían, el citado alumno se ha marchado de clase y desde la puerta ha dicho: ¿sabes profesor? ¡Que te folle un pez! Y ha salido corriendo.

Entre clases este alumno suele estar entre los dos módulos dándose besos con su novia. Allí lo he encontrado y le he pedido que me acompañara a la Jefatura de Estudios para tratar este incidente. Me ha respondido a gritos que él no iba conmigo a ningún sitio, que no se me ocurriera ni tocarle siquiera y ha acompañado su ¿discurso? con dos nuevos epítetos: "julai" y "pringao".

2. Propuesta de resolución de fecha 22 de enero de 2004, en donde, tras tipificar los hechos como constitutivos de la falta prevista en el artículo 52, letra e) del Real Decreto

732/1995, de 5 de mayo, por el que se recogen los derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia en el centro escolar, y de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 53.1 a) y e), se proponía como corrección la obligación del alumno de formular disculpa formal al profesor y la suspensión del derecho de asistencia al centro durante un período de seis días lectivos, computándose en un día la aplicación de la corrección provisional ya cumplida por el alumno.

3. Escrito de fecha 29 de enero de 2004 del Presidente del Consejo Escolar, notificando al padre del alumno el Acuerdo adoptado por dicho Consejo el 28 de enero, de sanción de cambio de centro del alumno, disponiendo que hasta que la Administración no resolviese el traslado el alumno podría permanecer en la Biblioteca, donde el tutor y sus profesores le propondrían tareas académicas para que no interrumpiese su proceso de enseñanza. Dicho Acuerdo expresa que la Junta de Educación del curso, en su informe sobre la primera evaluación, destaca del citado alumno *“su falta de trabajo, mal comportamiento, no atender las indicaciones de los profesores, hasta tal punto que llega a faltar el respeto al profesorado y hace insostenible su presencia en el aula”*, lo que justifica la sanción y medida acordada.

4. Acta de la reunión celebrada con fecha 3 de febrero de 2004 por la Junta de Evaluación del 4º curso de ESO del Instituto, en la que los profesores componentes se ratifican en su criterio expuesto en la reunión de evaluación del primer trimestre, ya reflejado en el Acuerdo del Consejo Escolar de 28 de enero de 2004, de que la presencia de este alumno en clase es gravemente perturbadora del trabajo escolar del resto de alumnos y del profesorado, y que su presencia hace insostenible el trabajo académico en el aula, por lo que *“consideran acertado que durante el periodo de transitoriedad hasta que se resuelva la reclamación interpuesta (sic), dicho alumno sea atendido por los profesores en la Biblioteca del centro de forma individualizada y con propuestas de trabajo que le permitan aprovechar las jornadas que todavía deba permanecer aquí”*, añadiendo que *“no es recomendable en absoluto un cambio de clase dentro del propio instituto, porque eso supondría trasladar el problema a otro colectivo de alumnos y profesores diferente, sin que eso mejore las posibilidades de aprovechamiento académico del alumno, que hasta ahora han sido mínimas”*.

5. Escrito con fecha de entrada en la Consejería de 19 de febrero de 2004, mediante el que el padre del reclamante interpone recurso de alzada, contra el citado Acuerdo del Consejo Escolar.

6. Resolución del Director General de Enseñanzas Escolares de 6 de abril de 2004, por la que se acuerda revocar la medida cautelar consistente en la permanencia del alumno en la biblioteca del centro, disponiendo su reintegración al aula de pertenencia hasta tanto se dicte resolución del recurso de alzada.

7. Resolución de fecha 1 de junio de 2004 del Director General de Enseñanzas Escolares anulando el Acuerdo impugnado por el recurrente, considerando probados los hechos denunciados por el profesor D. A. S., imputando los mismos al alumno E. C. H., declarando que ha incurrido en responsabilidad disciplinaria por conducta gravemente perjudicial para la convivencia del centro, tipificada por el artículo 52.a) del ya citado Real Decreto y corrigiendo la misma de acuerdo con la propuesta que formuló en su día el instructor, que consistía en :

- Reparación del daño causado al honor del profesor, mediante disculpa formal del alumno a aquél, como el centro estime procedente.

- Suspensión del derecho de asistencia al centro durante un período de seis días lectivos.

8. Historia Clínica del Servicio de Urgencias del Centro de Atención Primaria (CAP) de Murcia-Infante de fecha 13 de marzo de 2004, correspondiente a la asistencia prestada en tal fecha al reclamante.

9. Informe del psiquiatra Dr. T. R. de fecha 15 de marzo de 2004.

10. Informe de fecha 14 de junio de 2004, del Dr. J. M. S. G., psiquiatra del Centro de Salud Mental Murcia-Infante.

11. Historia Clínica del Servicio de Urgencias del CAP de San Javier de 28 de agosto de 2004, correspondiente a la asistencia prestada en tal fecha al reclamante.

12. Informe del Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos, de Santiago de La Ribera, de 29 de agosto de 2004.

13. Historia Clínica del Servicio de Urgencias del CAP Murcia-Infante, de 19 de octubre de 2004, correspondiente a la asistencia prestada en tal fecha al reclamante.

14. Informe Clínico de fecha 12 de enero de 2005, emitido por el Dr. J. M. S. G., del Centro de Salud Mental de Murcia 2.

15. Informe del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, de Murcia, de 28 de mayo de 2005, por la asistencia prestada en tal fecha al reclamante.

16. Hoja de fecha 28 de junio de 2005, de prescripción de medicamentos, extendida por el Dr. J. M. S. G..

17. Informe de alta, de fecha 7 de octubre de 2005, del Dr. J. M. S. G., donde señala que el reclamante ha seguido tratamiento en el Centro de Salud Mental del Infante desde el día 18 de mayo de 2004 hasta el 7 de octubre de 2005.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de noviembre de 2005 se solicita al Director del Instituto que informe sobre diversos extremos de la reclamación.

En el informe, emitido con fecha 11 de noviembre de 2005, el Director del centro manifiesta lo siguiente:

“1. El citado alumno se incorporó a este centro en septiembre de 2003, procedente del Instituto Saavedra Fajardo de esta capital. El expediente académico con el que nos llega es el de un alumno repetidor de 4º curso de la ESO, con todas las asignaturas suspensas y otras tres del curso 3º (Matemáticas, Inglés y Ed. Plástica). Es decir, un alumno con gravísimas carencias en su historial académico y dificultades para seguir aprendizajes de cierta dificultad (Documentos 1 y 2).

2. A la vista de sus escasísimas posibilidades de progreso académico, manifestadas en los dos primeros meses de permanencia en este instituto, a comienzos de diciembre la jefa del departamento de Orientación D. C. L. M. propuso al alumno y a su familia (entrevista con la madre) un traslado al instituto Miguel de Cervantes para que pudiera iniciar, sin pérdida de tiempo, un programa de Garantía Social. Aceptada esta solución por la familia y a la vista de las aficiones del chico, se le buscó un puesto escolar para aprender fotografía. Cuando ya estaba la documentación lista para el traslado, el alumno o la familia decidió, por motivos que nunca nos dijeron (al parecer tenía una novia en este centro), que siguiera cursando 4º de la ESO y las pendientes de 3º.

3. Las notas cosechadas por el alumno en la primera evaluación (Documento 3) y su negativa actitud ante el estudio fueron valoradas por la Junta de Evaluación integrada por todos los profesores que le impartían materia, (que) apreció “falta de trabajo, mal comportamiento, no atender las indicaciones del profesor, hasta tal punto que llega a faltar el respeto al profesorado y hace insostenible su presencia en el aula”. Este informe de la Junta de Evaluación fue muy tenido en cuenta por el Consejo cuando decidió aplicar a E. C. la sanción de cambio de centro y que cautelarmente se le atendiese académicamente en la Biblioteca, hasta que la Administración le buscara nuevo centro. Todos los profesores del curso se ratificaron en dichas apreciaciones en acta de fecha 3 de febrero (Documento n° 4).

4. El 6 de febrero a las 13.40 me visita el padre del alumno y me hace saber su voluntad de que E. no asista al instituto, ya que lo considera psicológicamente preferible. Le manifiesto que su hijo ha sobrepasado la edad de escolarización obligatoria y que yo no tengo nada que objetar. El alumno permaneció matriculado por si las circunstancias cambiaban.

5. A pesar de que el alumno venía con frecuencia al instituto a recoger a su novia, nunca se presentó al profesor S., al que había injuriado, para pedir disculpas, como mandaba la Resolución del Director General.

6. El 12 de mayo a las 14.15 h. tiene un enfrentamiento verbal con el profesor D. A. C., que recorría los pasillos del módulo B en su planta primera. Ante la puerta del aula que ocupaba su novia, E. miraba por la ventanilla lo que sucedía en clase. El profesor C. le indica que no puede estar en los pasillos durante las horas de clase y le pide que baje al vestíbulo si quiere esperar a alguien. A instancias de E., que le dice al profesor que se identifique, éste le dice que es el profesor de Guardia y que no puede estar allí. E. le contesta: “Tú eres una mierda”. Ante el cariz de los acontecimientos y la agresiva actitud de E., el profesor C. baja a mi despacho en busca de ayuda. Le acompañamos el secretario D. A. R. B. y yo. Le indico de nuevo que debe bajar al vestíbulo hasta que sea la hora de salida y me dice que no se mueve y que va a llamar a su padre. Decido esperar a que venga el padre para solucionar el incidente y poco después llega. En presencia del Secretario y del Jefe de Estudios, señor R. B. y M. A., le pido que pase a mi despacho, mientras el hijo le grita: “No entres que te van a comer el tarro”. El padre pasa al despacho y el hijo de forma impetuosa también entra. Le pido al padre que haga salir a su hijo para que podamos conversar tranquilamente sobre el incidente. El padre se lo ordena y al salir y pasar por delante de donde nos encontramos los miembros del equipo directivo, nos dice pasándose el dedo por el cuello en actitud de degüello: “Os voy a matar”. El padre no aceptó ningún argumento sobre lo acontecido, ni siquiera la amenaza que se acababa de producir y marchó airado a la comisaría para poner una denuncia al equipo directivo por “vejaciones o coacciones”, que no llegó a juicio porque posteriormente la retiró.

La actitud del padre siempre fue amenazadora para el centro y los profesores, y de disculpa para el comportamiento de E.. También denunció al profesor de Ética señor S. ante la Consejería de Educación. “En los tribunales nos veremos”, nos dijo al despedirse. La madre sí colaboró con el centro al comienzo del curso cuando se le aconsejó que su hijo debiera hacer otro tipo de estudios en Garantía Social. Fue el padre el que llamó a Orientación para cerrar esa posibilidad, según me manifiesta la profesora de Orientación D. C. L. M..

Esta actitud de refuerzo a su hijo es sin duda la clave de que el alumno no viniese a disculparse para cumplir con la Resolución del Director General, ya que eso habría supuesto aceptación de la conducta de su hijo y también la clave de que no asistiese al centro, a las clases, por presuntos problemas psicológicos, pero que sí venía cada día para recoger a la novia.

Ante esta actitud de grave amenaza proferida contra miembros de la comunidad escolar, se le instruyó al alumno un nuevo expediente disciplinario que finaliza el día 18 de junio de 2004 con la sanción de cambio de centro (Documento nº 5).

Puede que el alumno tenga o haya tenido problemas psicológicos o no, pero cuando vino aquí ya los traía puestos. Su breve permanencia en este centro los decantó desde las primeras semanas. Su conducta amenazadora y chulesca parecía una forma de afirmación ante sus graves dificultades académicas. Su edad, su aspecto y envergadura física favorecía que sus compañeros le conocieran con el sobrenombre de "Rambo".

Con el informe anterior adjunta:

- Certificado de la Secretaria del IES Saavedra Fajardo sobre el expediente académico del reclamante.
- Informe de la evaluación del reclamante en 4º de la ESO en el IES Saavedra Fajardo.
- Informe de la Primera Evaluación del reclamante en 4º de la ESO en el IES Juan Carlos I.
- Acta de la reunión de la Junta de Evaluación de 4º B de la ESO del IES Juan Carlos I de fecha 3 de febrero de 2004.

Escrito del Presidente del Consejo Escolar del Instituto, de fecha 18 de junio de 2004, mediante el que comunica al padre del alumno el Acuerdo del Consejo Escolar del 14 de junio anterior, en el que se resuelve el segundo expediente disciplinario incoado al alumno por los hechos acaecidos (reiteración en la desobediencia a las indicaciones del profesor D. A. C. y amenazas de muerte a D. P. V. M., D. C. M. A. y D. A. R. B.), imponiendo la sanción de cambio de centro del alumno.

TERCERO.- Con fecha 7 de marzo de 2006 nuevamente se solicita al Director del Instituto que informe sobre otros aspectos que se suscitaban, relativos al primer expediente disciplinario.

En idéntica fecha, el citado Director informó lo siguiente:

"1. Durante el tiempo que duró la instrucción del mencionado expediente disciplinario, el alumno vino a clase cuando le pareció y faltó a las clases que quiso, con una secuencia parecida a la que venía practicando antes de que le fuese incoado dicho expediente (Le adjunto historial de faltas desde dos meses antes para que pueda verificarse lo anterior).

2. El día 29 de diciembre (es un error, pues se deduce que fue en enero), a media mañana y una vez redactada la Resolución del Consejo Escolar, la Jefa de Estudios Adjunta D. C. L. M. se entrevistó con el alumno para comunicarle la sanción y para decirle que durante unos días sus estudios serían atendidos por el tutor y sus profesores en la Biblioteca, hasta que la Administración le adjudicase nuevo centro. El alumno se negó a cumplir lo que se le indicaba y contestó a la Jefa de Estudios que eso tenía que hablarlo primero con su padre.

3. *La medida cautelar se le comunicó como parte de la Resolución del Consejo. Después de este episodio no volvimos a saber del alumno hasta unos días más tarde, el 6 de febrero, en que me visitó su padre a las 13:40 para comunicarme que su hijo no vendría al instituto porque lo consideraba psicológicamente preferible. Le dije que no tenía nada que objetar, que podía tomar la decisión que mejor considerara, puesto que su hijo no estaba ya en edad de escolarización obligatoria. Por tanto, E. C. no asistió ni un solo día lectivo a la Biblioteca, por decisión propia o de su padre.*

Cuatro días después nos solicitó la documentación que necesitaba para recurrir la sanción y se le facilitó.

4. *La Biblioteca del instituto es un lugar de estudio y de lectura, soleado y agradable, donde los alumnos van a leer los periódicos durante los recreos, a estudiar o preparar exámenes. Cuando son sancionados con privación de asistencia a clase, algunas horas o algunos días, son atendidos allí. Eso ayuda a distanciarlos del problema y permite que reflexionen sobre su actitud, especialmente cuando con esa actitud perturban gravemente el trabajo en el aula de los compañeros y profesores, como era el caso de E. H.. Nadie está aislado allí, continuamente entra y sale gente de este lugar o permanece en él. También se dan clases allí.*

Le adjunto fotografías de la Biblioteca tomadas a una hora cualquiera de un día lectivo.

Los diez profesores del curso que impartían clase a E., ratificaron el día 3 de febrero su diagnóstico sobre E. de que su presencia era gravemente perturbadora del trabajo escolar del resto de alumnos y profesores y su presencia hacía insostenible el trabajo en el aula y que no debía volver a su grupo de clase, ni a otro grupo distinto durante el periodo transitorio, puesto que eso suponía trasladar el problema a otro colectivo de alumnos y profesores. El lugar indicado, a su juicio, era la Biblioteca, como indicaba la resolución del Consejo Escolar (Le envío copia del acta). (...)

CUARTO.- Con fecha 14 de marzo de 2006 se dirige escrito al Secretario General de la Consejería de Sanidad solicitando informe pericial acerca de si puede establecerse de forma indubitada y directa una relación causa- efecto entre el anuncio de la medida cautelar y los síntomas de ansiedad, entre otros, del reclamante, así como, en caso afirmativo, se indique qué parámetros y conceptos serían apropiados para apreciar la valoración del daño. Se solicita se dé traslado de la petición de informe, y de la documentación que se acompaña, al Dr. J. M. S. G., por haber sido el facultativo del Servicio Murciano de Salud que atendió al interesado en el Centro de Salud Mental Infante, y por haber solicitado este último la emisión de su parecer, a efectos probatorios.

Con fecha 26 de abril de 2006, el Inspector Médico de la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria de la Consejería de Sanidad, emite informe en el que, tras analizar pormenorizadamente la secuencia de hechos relativos al alumno y las asistencias sanitarias documentadas, realiza las siguientes conclusiones:

“1. Una ansiedad normal como respuesta a una situación o estímulo estresante, es una reacción esperable y común, que interfiere ligeramente en la vida cotidiana y se diferencia claramente de la ansiedad patológica.

2. *La buena evolución, con mejoría clínica en los primeros meses de tratamiento con dosificaciones mínimas, no confirma la existencia de los primeros juicios diagnósticos realizados.*

3. *Los trastornos adaptativos como trastornos del estado de ánimo de la niñez y adolescencia poseen múltiples factores etiológicos y predisponentes.*

4. *No es posible determinar una única causa y una inequívoca relación de causalidad entre la imposición de medidas cautelares y la aparición de la sintomatología y alteraciones del comportamiento referidas”.*

Por ello, propone la desestimación de la reclamación indemnizatoria.

QUINTO.- Con fecha 19 de mayo de 2006 se notifica al padre del reclamante (por error) la apertura de un trámite de audiencia, y el 26 de mayo de 2006 se notifica al propio reclamante un oficio en el que se le requiere para que aporte los documentos médicos originales o copia compulsada, pues con su escrito de iniciación adjuntó fotocopias simples.

Con fecha 30 de mayo de 2006 comparece el padre del reclamante aportando los documentos originales requeridos, siendo cotejados por la instructora, compulsados e incorporados al expediente. Solicita copia de los informes del Director del Instituto y de la Inspección Médica, entre otros, que se le entregan. Asimismo, se le informa que las alegaciones que quiera presentar para cumplimentar el trámite de audiencia deberá hacerlas su hijo en nombre propio, en cuanto reclamante, o en cualquier otro caso deberá acreditar su representación.

SEXTO.- Con fecha 2 de junio de 2006 se recibe escrito de alegaciones del reclamante en el que disiente del informe del citado Inspector Médico, por no haber examinado éste personalmente al reclamante, incurrir en errores y basarse sólo en los informes, parciales e inexactos, del Director del Instituto. Señala que el trastorno de ansiedad apareció tras la imposición de la sanción y medida cautelar luego anulada por la Consejería, sin que tuviera antecedentes médicos similares, y que con las medidas acordadas por el Instituto quedó totalmente apartado de la vida escolar durante el resto del curso, lo que fue el factor desencadenante de los trastornos, que fueron desarrollándose a medida que se prolongaba la actuación anómala del centro, con la consiguiente incertidumbre. Asimismo, niega que no acudiera a la biblioteca del centro y que, al estar relegado y sin atención pedagógica, dejó de asistir. Considera, además, que, por muy remota que fuera la posibilidad de que sacase el curso adelante, ésta existía, y se le privó de ella. Además, reitera la solicitud de que se recabe informe del doctor S. G. y ratifica su pretensión indemnizatoria inicial.

SÉPTIMO.- Con fecha 19 de junio de 2006 se dirige escrito al Jefe de Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales de la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria de la Consejería de Sanidad remitiéndole copia compulsada de las alegaciones efectuadas por el reclamante y solicitando se dé traslado al Dr. S. G. de la petición de informe realizada en fecha 14 de marzo del presente.

Con fecha 22 de junio de 2006, el Inspector Médico informa que las alegaciones en cuestión son opiniones emitidas por una persona ajena a la profesión médica, y que el informe de la Inspección Médica *“hace un análisis y valoración objetiva de la sintomatología referida, los informes médicos emitidos, y la evolución clínica del proceso, relacionándolo*

en la medida de lo posible con los acontecimientos vitales y escolares que se reflejan en la documentación del expediente”.

Junto con el anterior, se remite a la instrucción un informe del Dr. J. M. S. G., sin fecha, en el que manifiesta:

“Que ratifico las afirmaciones contenidas en el informe de fecha 12 de enero de 2005, toda vez que las informaciones posteriores a esa fecha confirman la evolución y el diagnóstico.

Que respecto a la pregunta acerca de si puede establecerse de forma indubitada y directa una relación causa-efecto entre el anuncio de aplicación de la medida cautelar y los síntomas de ansiedad, manifiesto que yo, como facultativo, realizo informe del estado clínico del paciente observado por mí directamente y que las referencias que hago en el informe citado respecto de los hechos es un afirmación del propio paciente y no mía, puesto que yo no soy testigo de esos hechos y, por tanto, es difícil que yo pueda afirmar que existe de forma indubitada y directa una relación causa-efecto con la ansiedad que manifestó el paciente”.

OCTAVO.- Tras un intento de notificación que resultó infructuoso, con fecha 1 de agosto de 2006 se notifica al interesado la apertura de nuevo trámite de audiencia, sin que conste que el reclamante haya hecho uso del mismo.

NOVENO.- Con fecha 11 de octubre de 2006 se dicta Resolución del Secretario General mediante la que se procede al cambio de instructora, notificándosele al interesado con fecha 19 de octubre.

DÉCIMO.- El 27 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por no considerar acreditado que exista la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño por el que se reclama, por no acreditarse que los trastornos psíquicos del reclamante fueran consecuencia directa de las medidas impuestas por el centro, cuando además resulta que el alumno no asistió ningún día a la biblioteca, y pocos días después de la imposición de la sanción, en concreto, el 6 de febrero de 2004, su padre compareció para informar al Director de que su hijo no iba a acudir al centro. Se señala que se trata de un alumno con gravísimas carencias intelectuales, con reiterado absentismo y conflictividad escolar, lo que dió lugar a un nuevo expediente disciplinario que concluyó con sanción de cambio de centro, ante lo insostenible de su situación en el Instituto. También se recoge la existencia de problemas psíquicos posteriores, según el informe del Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, de 28 de mayo de 2005, todo ello conforme con lo expresado en el informe de la Inspección Médica ya citado.

UNDÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 11 de noviembre de 2006, el Consejero de Educación y Cultura solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, puede afirmarse que se han observado los trámites esenciales que a estos efectos se establecen en el citado RRP.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Conforme con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), la Administración Pública debe responder por los daños y perjuicios que, causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

Conforme se expuso en los Antecedentes, el reclamante solicita indemnización por unos daños de carácter psíquico y moral que estima imputables a la ilegal actuación de la Administración educativa regional, concretada ésta en el hecho de habersele impuesto la obligación de permanecer en la biblioteca del centro en tanto la Administración hacía efectiva la sanción de cambio de centro escolar que había acordado (y que luego fue anulada), quedando así aislado y desasistido del normal desenvolvimiento de su vida académica y con la incertidumbre de su expulsión definitiva del centro en el que cursaba estudios (pendiente del recurso administrativo interpuesto contra dicha sanción). Añade que, en contra de lo afirmado por el Director del Instituto, sí acudió a la citada biblioteca para seguir allí transitoriamente sus estudios, pero que quedó desasistido por el profesorado, hasta que días más tarde decidió no acudir al centro, por ser psicológicamente preferible.

Por lo que se refiere a los daños alegados, no cabe duda de que en los informes reseñados en los Antecedentes se refleja la existencia de unos trastornos psíquicos que se manifestaron en fechas posteriores a los hechos en cuestión, trastornos que, de considerarse imputables a la actuación administrativa de que se trata, serían susceptibles de constituir un daño indemnizable. Sin embargo, en cuanto a los alegados daños morales, como concepto distinto al del daño psíquico reseñado, y que el reclamante anuda a la pérdida de los cursos escolares 2003/2004 y 2004/2005, cabe decir que en ningún informe médico aportado se contiene prescripción o indicación alguna en el sentido de que la patología del alumno le impidiera cursar dichos estudios, antes al contrario, el informe de la Inspección Médica la considera perfectamente compatible con las actividades académicas del interesado, debiendo considerarse que su apartamiento de los estudios obedeció a una decisión propia o de su familia, como, por otra parte, ya había tenido la intención de hacer al poco de comenzar el curso 2003/2004, por sus graves dificultades académicas, a la vista, todo ello, de que al poco tiempo dejaría de tener la edad de escolarización obligatoria (informe del Director del Instituto de 11 de noviembre de 2005, f. 60 exp.).

II. A partir de lo anterior, la cuestión a determinar es si los trastornos psíquicos que se documentan en los partes de asistencia y los informes médicos reseñados en los Antecedentes, son imputables a la actuación administrativa que se cuestiona, teniendo en cuenta a

estos efectos que no puede aceptarse en ningún caso que el referido daño psíquico proviniese de la efectiva permanencia del alumno en la biblioteca del centro, pues en este punto, y ante la simple afirmación del reclamante, ha de prevalecer lo informado en contra por el Director del centro, como autoridad pública responsable de la organización y dirección del Instituto. Resulta conveniente en este momento, para delimitar adecuadamente la fuerza probatoria de las manifestaciones del reclamante y de los funcionarios docentes reseñados en el expediente, traer a colación lo expresado con acierto por la Resolución del Director General de Enseñanzas Escolares de 1 de junio de 2004 (que anuló la sanción de cambio de centro impuesta el 28 de enero de 2004 por el Consejo Escolar del Instituto) en el sentido de que la Ley *“no pone en pie de igualdad a alumnos y profesores, en cuanto que cada uno tiene encomendadas tareas muy diferentes en el seno de la comunidad educativa como es fácilmente comprensible, y ello discurre en paralelo con las responsabilidades, derechos y deberes que se le encomiendan y otorgan por la sociedad y el sistema educativo a unos y a otros. Los profesores cuentan, como adultos y educadores, de manera similar a la autoridad de un padre sobre su hijo, con una presunción de superior juicio y madurez moral sobre el educando, por estar llamado legalmente a asumir superiores responsabilidades, incluso como funcionario”*. Por ello, debe partirse del hecho de que, aun habiéndose establecido por el Consejo Escolar que el alumno debía acudir a la biblioteca del Instituto para seguir allí su actividad escolar en tanto se resolviera su traslado a otro centro, esto no fue cumplido en ningún momento, y ello por decisión del interesado o de su familia, acabando por manifestar el padre de aquél, poco tiempo después de la imposición de la medida (en concreto, el 6 de febrero de 2004), que su hijo no iba a acudir al centro (aun siguiendo matriculado en el mismo) por considerarlo psicológicamente preferible, sin apoyo de tal decisión en prescripción facultativa alguna.

Quiere decirse con ello que la actuación de la Administración que hay que tener en cuenta a efectos de analizar su influencia en la producción de los daños psíquicos por los que se reclama, sólo puede ser la consistente en el dictado de un acto que acuerda el cambio de centro escolar y que, en tanto se hace efectivo, dispone que el alumno debe seguir su actividad escolar en la biblioteca del Instituto, pero no puede traerse a colación a estos efectos el hecho de que siguiera la actividad escolar de este modo, pues no lo llegó a hacer por causa exclusivamente imputable al interesado o su familia. Ello supone dos cosas: a) que a la hora de valorar la etiología del daño -el trastorno psíquico en cuestión-, no puede marginarse el hecho de que el apartamiento de la vida escolar se produce por decisión del interesado o de su familia; y b) que lo imputable a la Administración es la decisión de trasladar al alumno de centro y de no permitir que, en tanto se produjese efectivamente (o se resolviera el recurso interpuesto contra tal decisión), el alumno permaneciera en las clases con el resto de alumnos; es decir, que hay que determinar la influencia que ésta y no otra situación pudo tener en la producción de los daños psíquicos por los que se reclama.

A partir de lo anterior, resulta indiscutible que el Acuerdo del Consejo Escolar de 28 de enero de 2004 que impuso tales medidas fue anulado por Resolución de 1 de junio de 2004 del Director de Enseñanzas Escolares y que, hasta la notificación de ésta, el interesado no conocía otra decisión de la Administración sobre tales medidas, pues no consta que el Acuerdo de 6 de abril de 2004 del mismo Director, que ordenaba el reintegro del alumno a las clases ordinarias, le fuera notificado al mismo o a su familia. Quiere decirse, pues, que desde el 29 de enero de 2004, fecha en que se le notificó el Acuerdo del Consejo Escolar del día anterior, hasta el mes de junio de 2004, en que se le notifica la citada Resolución de 1 de ese mes (no consta la fecha exacta de la

notificación), existió ciertamente un lapso de tiempo en el que existía incertidumbre sobre si el alumno iba a ser trasladado de centro, y durante el cual se vió privado de la posibilidad de asistir a las clases ordinarias, junto al resto de sus compañeros.

Por todo ello, la cuestión clave, a juicio de este Consejo Jurídico, es determinar si puede imputarse a esta situación del alumno la producción de los trastornos psíquicos en cuestión, o si ello ha de imputarse a otras circunstancias concurrentes y, en tal caso, si éstas dan lugar o no a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Un examen global de las circunstancias personales del alumno y de las diferentes vicisitudes por las que discurrió su corta estancia en el Instituto de referencia, no permiten llegar a la conclusión de que los referidos trastornos psíquicos se debieran a la posibilidad del cambio de centro escolar y al alejamiento del alumno de las clases ordinarias, sino a la clara y frontal situación de enfrentamiento personal y familiar (por la intervención de su padre) con el profesorado del Instituto; enfrentamiento que, a su vez, había sido provocado por la conducta del alumno, gravemente ofensiva contra aquellos que representaban la autoridad en un centro en el que el alumno se encontraba claramente a disgusto y que rechazaba, y ello por su demostrada falta de capacidad académica. La conducta del alumno permite afirmar que, en el fondo, éste estaba provocando, implícita pero claramente, su apartamiento de las clases, por la total desintegración escolar que, en la práctica, ya experimentaba, situación que en modo alguno puede imputarse a la Administración. Estas circunstancias son las que, sin duda, generaban la situación que la Junta de Evaluación de su curso puso de manifiesto con ocasión del Acuerdo del Consejo Escolar de 28 de enero de 2004 y que ratificó el 3 de febrero siguiente (f. 16 y 17 exp.), que reflejan la insostenibilidad de la presencia del alumno en las aulas con sus compañeros, lo que perjudicaba de manera importante el trabajo de éstos, y la inconveniencia de que se le trasladase a otro curso, pues, según la citada Junta, hubiera sido trasladar el problema a otros alumnos. Ello es indicativo de que el problema no eran los compañeros, sino su incapacidad para seguir las tareas escolares, lo que le había hecho, además, faltar reiteradamente a clase en los meses anteriores a la incoación del primer expediente disciplinario y que motivó que, en un principio, aceptase la alternativa de formación que propuso el Instituto, que rechazó, al parecer, porque su novia seguía estudiando en el mismo (f. 60 exp.), hecho éste del que cabe deducir que era el único propósito por el que acudía al centro, una vez decidió no seguir los estudios en la biblioteca (f. 61 exp.).

Lo anterior pone de manifiesto que el ejercicio por el alumno de su derecho a la formación académica era claramente abusivo, pues su inicial presencia en las clases (y más tarde sus frecuentes visitas al Instituto) obedecían a motivos ajenos al recto propósito formativo, y ello se traducía, en su específico caso, en unos perjuicios docentes al resto de compañeros, en forma de reiterado entorpecimiento de las clases y enfrentamientos con el profesor, lo que en modo alguno podía ser admitido por la Administración, que podría haberse visto requerida por los padres de los alumnos para que solucionara tan anómala situación.

Interesa destacar este extremo a los efectos de situar adecuadamente el contexto de la pretensión indemnizatoria que nos ocupa, porque explica el origen de los conflictos del alumno con el profesorado y su consiguiente situación de enfrentamiento, provocada por él mismo, que es la determinante del estado de ansiedad que posteriormente se le manifiesta, por lo que no cabe imputar dicho estado al apartamiento de las clases ordinarias. Aun cuando es cierto que el Consejo Escolar sancionó incorrectamente el comportamiento reiterado del alumno de obstaculización de la actividad docente, tal incorrección fue por motivos

estrictamente formales, por cuanto que en el procedimiento disciplinario incoado en su día no se otorgó el preceptivo trámite de alegaciones al interesado, ya que la sanción impuesta el 28 de enero de 2004 por el Consejo Escolar estuvo claramente fundamentada en tales hechos (y no en la puntual ofensa a un profesor), sobre los cuales entonces el reclamante no pudo alegar, por lo que la sanción fue correctamente anulada por la Consejería. Sin embargo, y a los efectos del presente procedimiento (distinto del sancionador), debe señalarse que la realidad de dicho comportamiento no ha sido negada por éste, ni en el recurso que interpuso en su día contra el citado Acuerdo del Consejo Escolar ni en el presente procedimiento, en el que ello se ha traído a colación por la Administración como hecho relevante y determinante para su resolución, habiendo tenido el reclamante la posibilidad de alegar al respecto, centrándose, por el contrario, en la mera anulación de la citada sanción de cambio de centro, obviando además el hecho, muy significativo, de que, con posterioridad y por otros hechos de indisciplina derivados de la misma situación de enfrentamiento con el profesorado a que se hace referencia, el alumno fue sancionado con el cambio de centro, sin que conste que haya impugnado tal resolución (f. 23 a 25 exp.).

Quiere decirse con ello que las circunstancias concurrentes en el caso revelan que la situación de inadaptación académica y de enfrentamiento del alumno con el profesorado resultan determinantes para considerar a ésta (y no a la actuación administrativa en cuestión) como el factor desencadenante de los trastornos psíquicos por los que se reclama. Ello se corrobora si se advierte que, estando el alumno evolucionando favorablemente de sus trastornos de ansiedad (último examen en tal sentido el 4 de octubre de 2004, según manifiesta el facultativo que le atendió en el Centro de Salud Mental Infante, Dr. S. G., en su informe de 12 de enero de 2005, f. 106 exp.), el 28 de mayo de 2005, es decir, poco tiempo después de su segundo grave enfrentamiento con tres profesores del Instituto (el 12 de mayo de ese año), acude al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, por una autointoxicación farmacológica, además de documentarse en la asistencia sanitaria prestada en tal fecha su condición de consumidor de hachís y sus conflictos con su entorno personal (padres y novia), como refleja el informe de la Inspección Médica del SMS (f. 88 y 89 exp.).

En conclusión de lo hasta aquí expuesto, puede decirse que las conductas del reclamante contrarias al correcto orden y desenvolvimiento de la comunidad educativa en la que se encontraba (considerando a estos efectos tanto las acciones motivadoras de las sanciones disciplinarias que se le impusieron, como la conducta general reveladora de un ejercicio abusivo de su derecho a la formación académica), y que han de calificarse como antijurídicas, resultan ser, de modo esencial y determinante, los factores de la situación que, a la postre, daría lugar a los trastornos por cuyos daños se reclama. Tal circunstancia impide imputarlos, en términos jurídicos, a la Administración educativa y, por tanto, conduce a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial administrativa dictaminada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede desestimar la reclamación objeto del presente Dictamen, por no concurrir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por todo ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente, sin perjuicio de sugerir la conveniencia de completar su motivación con las observaciones realizadas en el presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 127/07.- Proyecto de Decreto por el que se regulan las Empresas de Turismo Activo de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Turismo, Comercio y Consumo (2004)

Fecha: 24/09/07

Extracto de Doctrina

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias para regular sectores de la actividad económica, en este caso de unas modalidades de empresas turísticas complementarias (autorización, registro, etc.), en el ejercicio de las competencias de ordenación del turismo, y en el marco de una política administrativa con objetivos protectores del consumidor, pero sin que pueda afectar dicha regulación a la relación contractual interprivatos como ha indicado reiteradamente el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 85/2005).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En diciembre de 2005, la Dirección General de Infraestructuras de Turismo elaboró un primer borrador del Proyecto de Decreto de Empresas de Turismo Activo en la Región de Murcia, remitiéndolo seguidamente al titular de la Secretaría General para que continuara los trámites hasta su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Asimismo se acompaña de los siguientes documentos, todos ellos evacuados el 20 de diciembre de 2005 por el Jefe de Servicio de Ordenación e Inspección de Turismo: informes de valoración de impacto por razón de género; jurídico; y de oportunidad y necesidad de la regulación, y una autodenominada memoria económica.

SEGUNDO.- Dicho borrador fue sometido a audiencia de la entonces Consejerías de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, de Trabajo y Política Social, de Economía y Hacienda, de Presidencia, de Industria y Medio Ambiente, de Sanidad, de Agricultura y Agua, y de Educación y Cultura.

Asimismo se recabó el parecer, según oficios obrantes en el expediente, de las Direcciones Generales de Deportes, de Promoción Turística, y de Infraestructuras Turísticas, así como de los siguientes organismos: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, Escuela Universitaria de Turismo de Murcia, Universidad Católica de San Antonio, y Confederación Regional de Empresarios de la Región de Murcia.

TERCERO.- Por parte de los departamentos de la Administración regional y de los organismos consultados se presentaron las siguientes alegaciones:

1º) El informe de la Dirección General de Deportes, de 17 de enero de 2006, se centra en aspectos relacionados con la titulación deportiva que debe acreditar el personal de estas empresas que realicen funciones de monitor, guía o instructor, recomendando que se regule por orden ulterior conjunta de las Consejerías competentes en materia de turismo y deportes las titulaciones y formaciones deportivas para el ejercicio profesional de cada una de las actividades a desarrollar, así como el grado o nivel que se requiere. Hasta tanto propone nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 5, y que la Disposición Transitoria Primera del Proyecto se remita de forma clara al Real Decreto 1917/1997, de 19 de diciembre. Asimismo recomienda una nueva redacción al apartado 1 del artículo 5 a fin de que se materialice en el texto la finalidad de garantizar la seguridad de los clientes por parte del personal técnico, así como que la información que se suministre al usuario sea previa a la firma del contrato (artículo 8.2).

2º) El informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, de 22 de diciembre de 2005, además de realizar observaciones de técnica normativa, destaca la falta de definición en el Anexo de las actividades de tirolina y supervivencia, apreciando también falta de claridad en la redacción del artículo 16 del borrador (hoy 17 del Proyecto), relativo al régimen sancionador.

3º) El Jefe de Servicio de la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa emite informe el 29 de diciembre de 2005, en el sentido de proponer que los títulos de Técnico en Conducción de Actividades Físico-Deportivas en el Medio Natural, y Técnico Superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas, sean considerados plenamente habilitantes para el personal técnico de las empresas de turismo activo.

4º) El Servicio de Infraestructuras de Turismo de la Dirección del mismo nombre, mediante informe de 12 de enero de 2006, realiza una serie de observaciones al texto, que ponen de manifiesto cierta indefinición conceptual en el objeto del Proyecto, y propone mejorar la redacción de diversos apartados del articulado, aconsejando que se incluyan como anexos la instancia para solicitar la autorización, el contrato entre empresa y cliente, la declaración responsable de los clientes, y la placa identificativa de estas empresas.

5º) La Unidad de Inspección de Turismo también realiza observaciones al borrador, concretamente a los artículos 2.1, 3.1, 4.1, 7.1, 8.1,a) y g), y 12.2. Además propone que se incorpore al texto la obligatoriedad de autorización por parte de los titulares de la patria potestad, o tutela del menor de edad, para participar en las actividades y que, previa a la autorización de este tipo de empresas, se gire visita de la Inspección de Consumo. Por último estima procedente la supresión de ciertas actividades del Anexo que no parece fácil que puedan practicarse en la Región (esquí de fondo, de travesía y raquetas de nieve), aconsejando también la conveniencia de estudiar la adición de diversos modelos como los que incorpora el Decreto 77/2005, de 28 de junio, de Ordenación de Empresas de Turismo Activo de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha.

6º) El Jefe de Servicio de Ordenación de Inspección de Turismo emite nuevo informe el 3 de febrero de 2006, en el que realiza observaciones al articulado, proponiendo entre otras: a) La exclusión, como actividad de turismo, del mero alquiler de material (artículo 2.2); b) la supresión del párrafo último del artículo 4.1 (“a falta del requisito de homologación y normalización”), porque las empresas tienen la obligación de que los materiales

estén homologados, al igual que la eliminación del párrafo 3 del artículo 5, pues conlleva la problemática de determinar ante quién se acredita la formación práctica de 350 horas, y con qué formación; c) la previsión de la posibilidad de que haya empresas que no requieran de un local independiente para el desarrollo de su actividad; d) la adición de un nuevo artículo denominado “contrato”; e) la revisión de la documentación a acompañar a las solicitudes de autorización (artículo 12.2), eliminando algunos apartados; f) la supresión del tiempo para entender el cese de actividades; y g) la adición de un artículo referente a seguros.

7º) El asesor facultativo de la entonces Consejería de Industria y Medio Ambiente emite informe el 19 de diciembre de 2005, en el sentido de recomendar que se incluya la fórmula que proceda en relación con nuestro Dictamen.

8º) La Escuela Universitaria de Turismo de Murcia realiza también observaciones al objeto del Proyecto que considera mal definido, proponiendo una redacción alternativa (artículo 1); en cuanto al ámbito subjetivo tampoco entiende muy acertada su definición, aunque reproduzca la regulación legal, pues incluso una empresa maderera podría considerarse como de turismo activo. Asimismo se realizan observaciones respecto a las titulaciones exigidas a los profesionales de estas actividades, estimando no razonable que cuando se trate de un itinerario cultural se obligue al guía a llevar una mochila con un botiquín de primeros auxilios, o que se atribuya a estas empresas la posibilidad de subcontratar con otras porque las actividades de mediación deben quedar reservadas a las Agencias de Viajes, o al uso excesivo del inglés en el listado de actividades, y a la falta de un anexo que contenga la placa identificativa.

CUARTO.- Las observaciones de los órganos y entidades precitados fueron objeto de estudio y valoración por parte del asesor facultativo de la Secretaría General de la Consejería consultante, en cuyo informe de 19 de enero de 2006 pone de manifiesto diversas reuniones mantenidas con representantes del sector (A. N., A. y E.), así como sus sugerencias.

QUINTO.- El 7 de febrero de 2006 se sometió el borrador del Decreto a informe del Consejo Asesor Regional de Turismo, que adoptó el acuerdo de otorgar un plazo a sus miembros para remitir sus sugerencias y, en su defecto, el acuerdo sería el de informar favorablemente. Por ulterior acuerdo de 15 de junio de 2006 se informó favorablemente el borrador, sin mayor concreción.

SEXTO.- Resultado de los trámites anteriores, y del estudio de las alegaciones y sugerencias, es el segundo borrador del Proyecto de Decreto, fechado el 10 de febrero de 2006 (folios 100 y ss.), que se sometió a informe de la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos, creada en el seno del Consejo Asesor regional de Consumo, que lo emitió también favorablemente, y del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, que lo evacuó el 15 de septiembre de 2006, realizando, entre otras, observaciones al procedimiento, al no constar la consulta a empresas de turismo activo que se relacionan en el portal turístico de la Región de Murcia, y al articulado del Proyecto (artículos 1, 2, 5, 6, 7, 9,10 , 11 , 13 ,15, y punto 19 del Anexo).

SÉPTIMO.- El Consejo Económico y Social (CESRM, en lo sucesivo) dictaminó el Proyecto de Decreto, en su sesión plenaria de 27 de noviembre de 2006, alcanzando las siguientes conclusiones:

“1. El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente el Proyecto de Decreto de Empresas de Turismo Activo porque el mismo supone dotar de un régimen jurídico específico del que en la actualidad carecen las empresas que, dentro del

grupo genérico de las empresas de actividades turísticas complementarias, se dedican a promover los recursos que ofrece la naturaleza en el propio medio natural, a la explotación turística de los recursos de contenido cultural, recreativo, deportivo y de ocio, y las que realizan itinerarios con fines eminentemente turísticos.

2. El CESRM considera que debe valorarse de forma expresa que el Proyecto de Decreto de Empresas de Turismo Activo tenga como vectores esenciales del sistema que establece la profesionalización de la prestación de los servicios a los que se refiere, la seguridad de los usuarios de estos servicios turísticos y la garantía de sus derechos.

3. A juicio del Consejo Económico y Social, a la vista del conjunto de actividades que se integran en el concepto de turismo activo, cultural y de aventura, no parece adecuado restringir las titulaciones exigidas al personal que desempeña las tareas de monitores, guías e instructores de forma exclusiva a las de carácter específicamente deportivo. El CESRM comparte plenamente la sugerencia contenida en el informe del Servicio de Formación Profesional de la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa en el sentido de considerar que los títulos de Técnico en Conducción de Actividades Físico-Deportivas en el Medio Natural y Técnico Superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas deben ser plenamente habilitantes para el personal técnico de las empresas de turismo activo.

4. El Consejo Económico y Social considera que las empresas dedicadas al mero alquiler de material para la práctica del turismo activo no deberían ser consideradas como empresas de turismo activo, dado que materialmente no lo son y, por ello, su encaje entre las empresas de actividades turísticas complementarias a las que se refiere el artículo 37 c) y d) de la Ley 11/1997, de Turismo de la Región de Murcia, del que el Proyecto de Decreto de Turismo Activo constituye desarrollo reglamentario, resulta de dudosa legalidad. Por otra parte de la lectura del conjunto de disposiciones que se incluyen en el Proyecto de Decreto se deduce que muchas de ellas no pueden ser de aplicación a las empresas que se dedican de forma exclusiva al alquiler de material”.

OCTAVO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe favorable el 7 de febrero de 2007, a reserva de las observaciones realizadas, entre las que destacan, en cuanto a la documentación que integra el expediente, que el informe de oportunidad y necesidad del Proyecto no responde al propósito de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), al no contener apreciación o valoración alguna en relación con los fines de la regulación, al igual que señala que se ha omitido el informe jurídico del Vicesecretario, que no debe confundirse con el emitido por el Servicio Jurídico, y que la memoria económica no satisface las previsiones legales; también que las certificaciones de los órganos colegiados consultados (Consejos Asesores regionales de Turismo y Consumo) no acreditan el contenido del texto sometido a consulta; respecto a su contenido, se realizan observaciones a la denominación utilizada de empresas de turismo activo, así como la ausencia de definición de los contenidos que configuran el turismo activo cultural. Las restantes observaciones se realizan a los artículos 2.2, 5, 11, 13, y Disposiciones Finales y Anexo.

Las precitadas observaciones fueron objeto de valoración por el asesor facultativo de la Secretaría General en el sentido que se recoge en su informe de 1 de marzo de 2007, tras lo cual se completa el expediente con el informe jurídico del Vicesecretario de la misma fecha.

NOVENO.- Con fecha 9 de marzo de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), pues se trata de un proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional, la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo (en lo sucesivo LT).

El Proyecto de Decreto sometido a consulta no ha sido diligenciado como texto último, si bien se infiere tal carácter del índice de documentos que acompaña al expediente (borrador definitivo, folios 160 a 174), así como de la evolución de los borradores iniciales, tras las correcciones introducidas.

SEGUNDA.- Competencia y habilitación.

El Proyecto de Decreto tiene por objeto la regulación de la actividad de las empresas de actividades turísticas complementarias, conocidas como de turismo activo (turismo de naturaleza), que la LT (artículo 37, apartados c y d) define como las que se dedican a promover los recursos que ofrece la naturaleza en el propio medio natural, a la explotación turística de sus recursos (de contenido recreativo, cultural, deportivo y de ocio), y a las que realizan itinerarios con fines eminentemente turísticos. Se sustenta, conforme se cita en la Exposición de Motivos (en lo sucesivo EM) del Proyecto, en el artículo 10.Uno, 16 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM), que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción, fomento y ordenación del turismo en su ámbito territorial. También tiene relevancia el apartado 17 del mismo precepto estatutario, inciso segundo. En el ejercicio de dichas competencias le corresponde a la Región la potestad legislativa, reglamentaria y la función ejecutiva. Por la materia normada, se encuentra entremezclada otra competencia autonómica citada también en la EM, como es la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EARM), en la que se consideran insertos los artículos del Proyecto de Decreto atinentes a los derechos del usuario, entre ellos los de información y hoja de reclamaciones (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 85/2005), cuando concurre, además, la circunstancia de que su ejercicio también está encomendado a la Consejería proponente.

Sin embargo, conviene destacar, y consecuentemente reflejar en la EM, que en la regulación de las actividades de las empresas en esta concreta modalidad, consideradas por la LT como empresas turísticas (artículo 8.1,d), acogiendo así nuevas tipologías que la evolución del mercado aconsejó contemplar, se encuentran íntimamente imbricadas las competencias autonómicas en materia de protección del medio ambiente (artículo 11. 3 EARM), y espacios naturales protegidos (artículo 11.2 EARM), por el medio en que se desenvuelven dichas actividades, y que refleja, en cierto modo, el Proyecto, concretamente el artículo 3, al recoger el mandato de protección del medio natural y cultural. Dicha incidencia no sólo se produce por el entorno en el que se desenvuelven, sino porque es consustancial a este

tipo de producto de turismo de naturaleza que sea sostenible desde el punto de vista ambiental. Así lo destacan las notas que definen al turismo de naturaleza: “es aquél que tiene como principales motivaciones la realización de actividades recreativas y de esparcimiento, la interpretación y/o conocimiento de la naturaleza, con diferente grado de profundidad, y la práctica de actividades deportivas de diferente intensidad física y de riesgo que usen expresamente el medio natural de forma específica, garantizando la seguridad del turista, sin degradar o agotar los recursos”.

Además ha de tenerse en cuenta que la mayoría de estas actividades se desenvuelven en el ámbito de espacios naturales protegidos, cuya planificación (Planes de Ordenación de Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión) también condiciona los diferentes usos permitidos, de ahí que presupuesto para su práctica sea la autorización de las Administraciones Públicas implicadas, entre ellas la competente en medio ambiente, como refleja el artículo 13.2 del texto, al exigir, acertadamente, en función de la naturaleza de la actividad de que se trate, los preceptivos informes o autorizaciones previas. Más aún, los títulos competenciales autonómicos citados, relacionados con el medio ambiente, en lo que concierne a la regulación de esta actividad están tan entremezclados que cierta norma autonómica que regula el turismo activo (Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo de la Comunidad Autónoma de Andalucía) establece la futura aprobación de disposiciones reglamentarias conjuntas (departamentos competentes en materia de turismo y medio ambiente), al objeto de establecer las condiciones medioambientales para la práctica de las actividades integrantes del turismo. Pese a lo indicado anteriormente, el texto sometido a consulta no requiere de una propuesta conjunta de ambos departamentos, en tanto no se recogen las condiciones ambientales para el ejercicio de dichas actividades, lo que no excluye la necesidad de otorgar una singular participación en su elaboración al departamento competente en materia medioambiental, lo que será objeto de examen en la siguiente Consideración.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias para regular sectores de la actividad económica, en este caso de unas modalidades de empresas turísticas complementarias (autorización, registro, etc.), en el ejercicio de las competencias de ordenación del turismo, y en el marco de una política administrativa con objetivos protectores del consumidor, pero sin que pueda afectar dicha regulación a la relación contractual *interprivatos* como ha indicado reiteradamente el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 85/2005, ya citado), lo que será objeto de consideración específica en relación con el artículo 8 del Proyecto, sobre el contrato de las empresas de turismo activo y sus clientes.

Respecto al órgano competente para aprobar el presente Proyecto, la Disposición Final de la LT faculta al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias precisas para su desarrollo y ejecución, que han de revestir la forma de Decreto, según exige el artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para las disposiciones de carácter general.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración y documentación.

Puede afirmarse, de principio, que la elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado al procedimiento previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, destacándose que la documentación se ha remitido foliada y ordenada, si bien se advierten las siguientes carencias:

1ª) El denominado informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma no se ajusta al contenido exigido por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, que exige que la memoria justificativa de la oportunidad de la regulación incluya la motivación técnica y jurídica de las concretas normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, más aún si se constata que el mismo técnico que la suscribe cuestiona, en otra fase del procedimiento, el contenido del algún precepto del Proyecto de Decreto (folio 70 y ss). Esta observación sobre la necesidad de justificar en detalle las propuestas normativas debería ser tenida en cuenta por la Consejería consultante en la elaboración de futuros proyectos normativos.

Por el contrario ha de destacarse que sí obra en el expediente la justificación documental del resultado del estudio sobre las observaciones y alegaciones realizadas por los distintos departamentos y organismos consultados, salvo la concerniente al CESRM, aunque se ha constatado que la mayoría de sus propuestas se han incorporado al considerado como texto definitivo (folios 85 y ss.). También se ha detectado que alguna observación de los órganos preinformantes, informada favorablemente, no se ha incorporado al texto sometido a consulta.

2ª) Cabe destacar que el Proyecto de Decreto se ha sometido a informe de los Consejos Asesores regionales de Turismo y Consumo, en los que participan las organizaciones de consumidores y usuarios, así como los Ayuntamientos, al igual que se ha dado audiencia a la Escuela Universitaria de Turismo de Murcia, y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, si bien la audiencia a una sola de las existentes suscita la misma consideración que la contenida en nuestro Dictamen núm. 65/2007, aunque ciertamente un representante de todas ellas forma parte del CESRM, que también ha dictaminado el presente Proyecto, lo que permite matizar la trascendencia de la omisión advertida.

Con respecto a la participación del sector, sólo constan que se hayan mantenido reuniones con determinadas empresas (A. N. y A. S.L , A. y E.), debiendo justificarse en el expediente, tras la observación en este concreto aspecto realizada por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, en su informe de 15 de septiembre de 2006, la razón por la cual no se remitió el texto a otras empresas con actividades incluidas en el ámbito de aplicación del Proyecto, y que figuran en el Portal Turístico de la Región de Murcia (página web de la Comunidad Autónoma), aun siendo conocedores de su atomización, pues la realidad de la oferta empresarial de turismo activo de naturaleza en España se basa en microempresas.

Por otra parte, si bien consta formalmente la audiencia a la Consejería que ostentaba en aquel momento las competencias medioambientales (Industria y Medio Ambiente), hubiera sido aconsejable que se recabara el parecer, al igual que se ha hecho con otros centros directivos afectados por la regulación, de la Dirección General del Medio Natural, en su condición de órgano competente para la gestión de los espacios naturales protegidos (hoy artículo 6 del Decreto 161/2007, de 6 de julio), tan vinculados a las actividades que ahora se regulan. Basta recordar a este respecto los objetivos que sustentan la Carta Europea del Turismo Sostenible, que ponen énfasis en la necesidad de convergencia entre los departamentos turísticos y ambientales a la hora de diseñar y ofrecer un producto turístico íntimamente relacionado con el patrimonio natural. En el caso de que se estimara esta observación, de alterarse contenidos del Proyecto de Decreto, debería someterse nuevamente al Dictamen del Consejo Jurídico.

CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.

I. Sobre la estructura y técnica normativa.

La parte dispositiva del Proyecto se ordena en cuatro Capítulos (Disposiciones Generales, Requisitos y Obligaciones, Procedimiento de Autorización, y Disciplina Turística), divididos, a su vez, en un total de 17 artículos, y la parte final contiene dos Disposiciones Transitorias y dos Finales. Se completa con un Anexo, que contiene el listado de actividades de turismo activo y de aventura, si bien no como *numerus clausus*.

En cuestiones de técnica normativa, cabe realizar las siguientes observaciones:

- 1) En la fórmula promulgatoria debería suprimirse “en la mañana”, pues basta con la referencia a la fecha de la sesión en que se aprueba por el Consejo de Gobierno, de acuerdo con las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.
- 2) Se ha suscitado la excesiva utilización de los anglicismos para identificar las actividades recogidas en el Anexo, si bien ha de tenerse en cuenta que uno de los problemas que presenta la ordenación de este sector es el uso continuado de definiciones ambiguas, que obstaculizan su promoción y comercialización. Por ello, si el término recogido por el Anexo es el utilizado para definir la actividad, nada tiene que objetar el Consejo Jurídico, pues las propias Directrices de Técnica Normativa sugieren que deben emplearse los términos técnicos dotados de significado propio, lo que no excluye que si algunos términos utilizados tienen un equivalente en nuestro idioma también debería indicarse. En todo caso, deben definirse dos actividades que se contienen en el Anexo, como son tirolesa y supervivencia, al igual que se ha hecho con las restantes.
- 3) No aconsejan las Directrices citadas que se tittle la parte expositiva en este tipo de disposiciones.
- 4) Los redactores del Proyecto han optado por referirse a lo largo del articulado a la Consejería competente en materia de turismo, aunque la concreta competencia se reside en la Dirección General correspondiente, conforme a la LT (por ejemplo, la competencia para autorizar, según el artículo 10.1 de dicha Ley). Si bien la dependencia orgánica de ésta respecto de la Consejería competente en materia de Turismo evita que la regulación proyectada se contraponga abiertamente a la Ley objeto de desarrollo, sería más respetuoso con la redacción legal que el precepto reglamentario reiterara la atribución funcional de la Ley al órgano directivo inferior.
- 5) Debería revisarse gramaticalmente el texto: por ejemplo, en el Anexo se observa que los nombres de las actividades comienzan en mayúscula, salvo globo aerostático y heliexcursión; la mayoría de actividades figuran en negrita, mientras que otras no, como las aéreas, y tras los dos puntos que preceden a la definición de las actividades, se comienza en mayúscula y minúscula indistintamente; también deberían alinearse algunos párrafos (por ejemplo, el artículo 15), y suprimirse espacios (de rutas en barco a motor a piragüismo también en el Anexo), así como corregirse erratas (por ejemplo, poner un punto tras etc. en la definición de motos de agua y snorkel).
- 6) Resulta innecesario añadir en el título del artículo 5, entre paréntesis, “Personal Técnico”, cuando previamente se han citado a los monitores, guías e instructores.

II. Sobre el ámbito de aplicación del Proyecto de Decreto.

La regulación del llamado turismo de naturaleza presenta una serie de condicionantes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de examinar el contenido del Proyecto de Decreto.

Un primer condicionante estribaría en la determinación de lo que se entiende como turismo activo citado en el artículo 1 del Proyecto, y que da título al Proyecto, pues la LT no acoge dicha denominación.

Dentro del grupo de actividades turísticas de naturaleza existen una enorme variedad de prácticas muy diferentes en cuanto a su integración con el medio en el que se desenvuelven, que van desde las más convencionales (por ejemplo, senderismo) pasando por otras más impactantes y de aventura (barranquismo, puenting, salto con elástico, rafting, etc.), y las que tienen como motivación principal la contemplación, disfrute y/o conocimiento del medio (itinerarios didácticos e interpretativos, ruta cultural).

Esta amalgama de actividades se contiene en la LT (artículo 37, apartados c y d), y se refleja en el Anexo del Proyecto de Decreto, que incluye actividades subacuáticas, náuticas, aéreas, de montaña y escalada, rutas a pie, orientación, taller de medio ambiente y naturaleza, ruta cultural, agroactividad, ruta temática, espeleología, actividades de nieve, rutas o excursiones con vehículos a motor, circuitos de multiactividad, supervivencia, etc. Así pues se incluyen, esencialmente, actividades turísticas deportivas en gran medida, y las restantes de ocio, esparcimiento y ecoturismo.

El Proyecto de Decreto se acoge a la denominación de empresas de turismo activo que es un término empleado por la normativa autonómica para referirse a las actividades de este subsector turístico (por ejemplo, Decreto 77/2005, de Ordenación de Turismo Activo de Castilla La Mancha, ya citado), si bien es cierto que pudiera ser identificable esencialmente con las que realizan actividades deportivas de naturaleza; no obstante, un común denominador de estas actividades es la participación activa del usuario (se habla también de ocio activo). En coherencia con la terminología adoptada (turismo activo) debería suprimirse el término “aventura” del primer párrafo del artículo 1 del Proyecto, y del título del Anexo, que no figura en el título de la disposición que pretende aglutinar a todas las actividades, al igual que las referencias al turismo cultural y de aventura que se insertan en el párrafo segundo del mismo artículo.

Un segundo condicionante de este subsector es la continua aparición de nuevas actividades, de ahí lo acertado de que el listado del Anexo aparezca como *numerus apertus* (artículo 1 del Proyecto), aunque podría añadirse en el párrafo segundo, cuando se citan las actividades, la expresión “entre otras” con la finalidad de que no tenga que modificarse el Decreto cuando surjan otras nuevas. Al hilo de lo expuesto es evidente la escasa aplicación en la Región de algunas de ellas (actividades de nieve), si bien no existe obstáculo para su mantenimiento, pese a lo alegado en este sentido.

Sobre los destinatarios, el Proyecto se ha limitado a reproducir (artículo 2.1) el concepto de empresa turística previsto en la LT (aquellas que de forma profesional, habitual y mediante precio, presten sus servicios en el ámbito turístico) referido al ámbito objetivo de actuación de estas empresas (desarrollar o promover los recursos que ofrece la naturaleza, o la explotación turística de los recursos, y las que realizan itinerarios), según el artículo 37 de la misma Ley. No obstante, la forma en la que se ha redactado parece sugerir que el Proyecto será de aplicación a las empresas, y no a los usuarios de las mismas.

Se excluye del ámbito subjetivo de aplicación a los clubes, federaciones deportivas y asociaciones cuando organicen o realicen actividades dirigidas única y exclusivamente a sus asociados y afiliados (primera excepción), habiéndose añadido durante su tramitación, a sugerencia de algún informe, “o al público en general, siempre y cuando se realicen sin ánimo de lucro (segunda excepción)”.

Este último inciso, que excluye del ámbito de aplicación a las actividades de los entes citados cuando se dirigen al público en general, no tiene parangón en el resto de normativas autonómicas, pues precisamente el que no se dirija al público en general forma parte de los requisitos de la primera excepción, que se caracteriza porque las actividades se dirigen en exclusiva a sus asociados. Por otra parte, la concurrencia del otro requisito (cuando se realicen sin ánimo de lucro) tampoco despeja las dudas que suscita esta segunda excepción, por lo que el Consejo Jurídico recomienda que se mantenga la redacción de los anteriores borradores, puesto que el requisito determinante para la aplicación del Proyecto, en el caso de que dichos entes organicen su actividad para el público general, será el de si reúnen o no los requisitos de empresa turística que figuran en el apartado 1, en desarrollo de lo indicado por el artículo 8.1 LT.

Un tercer condicionante es que el ejercicio de estas actividades puede implicar riesgo para el usuario que lo practica y, por otro, como se ha indicado, la incidencia en el medio ambiente.

A este respecto se echa en falta en la regulación ciertas previsiones, en relación con la seguridad de los usuarios, puesto que, pese a la existencia de un protocolo de actuación en caso de accidentes (artículo 13,f del Proyecto), no se ha recogido, como en otras normas autonómicas de contenido similar, la obligación de comunicarlo al inicio de cada temporada a la Dirección General de Protección Civil.

III. Sobre las titulaciones requeridas.

Uno de los objetivos de la regulación de la actividad turística de las empresas de turismo activo es garantizar la seguridad de los usuarios, estableciendo el Proyecto de Decreto (artículo 5) que estas empresas deberán garantizar los adecuados niveles de seguridad para lo que habrán de facilitar un número suficiente de monitores, y guías para asesorar y acompañar a los clientes o grupos organizados que quieran practicar las actividades ofertadas.

Sin embargo, dada la amalgama de actividades a las que se extiende el Proyecto de Decreto, la concreción de las titulaciones habilitadoras para su ejercicio adolece de cierta complejidad, como se ha demostrado a lo largo de su tramitación, pues el borrador inicial sólo contemplaba los títulos de técnico deportivo o técnico deportivo superior en la modalidad de que se trate (Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuran como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos, se aprueban las directrices generales de los títulos y de las correspondientes enseñanzas mínimas) y, posteriormente, a sugerencias de la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa, se han incorporado nuevas titulaciones como las de Técnico en Conducción de Actividades Físico-Deportivas en el Medio Natural, y Técnico Superior en Animación de Actividades Físico-Deportivas. También establece el Proyecto un régimen transitorio hasta tanto se implanten las enseñanzas previstas en el Real Decreto 1913/1997, ya citado (Disposición Transitoria Primera del Proyecto).

Sin embargo, la regulación propuesta sigue planteando los siguientes problemas:

1º. Algunas actividades pueden ser realizadas por diversas titulaciones o formaciones, por tratarse de una profesión legalmente no reservada, como reconoce el precitado Real Decreto 1913/1997 (Disposición Adicional Segunda), que establece que los elementos del perfil profesional de las correspondientes enseñanzas mínimas de cada modalidad y, en su caso, especialidad deportiva, no constituyen regulación del ejercicio de profesión titulada, que se encuentra reservada a la ley formal (por todas, STC 122/1989, de 6 de julio, sobre habilitación de guías y guías-interpretes).

La primera consecuencia de lo expuesto es que hay titulaciones que podrían habilitar también para el ejercicio de determinadas actividades del Anexo y que el Proyecto no las contempla (sólo provisionalmente, según la Disposición Transitoria Primera), debiendo citar, a este respecto, la titulación universitaria de Licenciado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, indicada por la Dirección General de Deportes. Otras normas autonómicas también reconocen tal posibilidad a los profesores de E.G.B., con la especialidad en educación física.

2º. Las actividades de contenido deportivo a ofertar por las empresas pueden dar lugar a diversos niveles de dificultad que requerirán, en ocasiones, determinadas titulaciones exigidas por la legislación aeronáutica, náutica y subacuática para la instrucción y acompañamiento de los clientes en su práctica, que no ha sido tenido en cuenta por el Proyecto de Decreto.

3º. El Proyecto de Decreto (artículo 5.3), de forma un tanto opaca, parece contemplar la habilitación para el ejercicio de las actividades, sin titulación académica, siempre y cuando cuenten los instructores con una formación práctica de, al menos, 350 horas.

Con independencia de que alguna norma autonómica recoja un precepto similar (Decreto del Principado de Asturias 90/2002, de 11 de julio, de Turismo Activo), se coincide con el parecer del Jefe de Servicio de Ordenación e Inspección de Turismo acerca de que dicha posibilidad abre una serie de interrogantes, como los relativos a la formación y documentación con los que se acredita y ante qué órgano, frente a las titulaciones recogidas en el Proyecto, cuyas enseñanzas mínimas vienen a reconocer como inherentes unas capacidades profesionales. De ahí que debería remitirse a posterior desarrollo reglamentario tal posibilidad.

4º. En la Disposición Transitoria Primera del Proyecto se admiten las titulaciones previstas en la disposición equivalente del Real Decreto 1913/1997 hasta que se desarrolle esta última, siendo esta referencia inexacta, porque ciertas previsiones sí se han desarrollado (por ejemplo, por Orden 3310/2002, de 16 de diciembre, por la que se regula los aspectos curriculares, los requisitos generales y los efectos de la formación en materia deportiva); otro aspecto distinto es que no existan titulados con respecto a la misma, como también refiere. En todo caso las titulaciones que se admiten en el régimen transitorio (las titulaciones de Formación Profesional, los títulos oficiales otorgados por las Universidades, etc.) deberían, en realidad, recogerse con carácter permanente, dado que lo importante sería incorporar a la regulación autonómica todas las titulaciones que permite convalidar u homologar la citada norma.

En consecuencia el Consejo Jurídico considera que debe asumirse la propuesta realizada por la Dirección General de Deportes (parece admitirse en tal sentido en el informe de valoración de las alegaciones aunque después no se plasma en el texto definitivo), en el sentido de recoger en el Proyecto que se desarrollarán reglamentariamente las concretas

titulaciones y formaciones deportivas que permitan el ejercicio de las funciones de monitor, guía, instructor para cada una de las actividades que tengan esta naturaleza, a propuesta conjunta de los departamentos afectados (turismo, deportes y educación), y mediante el rango normativo que corresponda, sustituyéndose los apartados 2 y 3 del artículo 5 por la siguiente redacción:

“Los monitores, guías, e instructores deberán estar en posesión de la correspondiente titulación o formación deportiva, de conformidad con los criterios que se establezcan reglamentariamente”.

Dicha previsión se completaría, a través de la Disposición Transitoria Primera del Proyecto, con la remisión, hasta su desarrollo reglamentario, a lo dispuesto en el Real Decreto 1913/1997 (que contempla la convalidación con otras enseñanzas oficiales y el régimen transitorio hasta que existan titulados de las concretas modalidades a las que se refiere).

En el caso de no ser estimada esta observación, se considera de carácter esencial la adición de los siguientes párrafos al artículo 5 del Proyecto:

- En su apartado 2, tras la cita a las titulaciones habilitantes, la referencia a aquellos otros otorgados por la Universidad que tengan relación con la materia.
- También la inclusión de un párrafo relativo a que deberán estar en posesión de la titulación correspondiente exigida por la legislación aeronáutica, náutica o subacuática para la práctica de actividades cuando así lo exija la legislación correspondiente.
- La remisión a posterior desarrollo reglamentario del apartado 3, sobre la formación práctica distinta a la titulación académica.

QUINTA.- Observaciones particulares.

- Exposición de Motivos.

Además de las observaciones de técnica normativa, cuando se cita en el tercer párrafo al artículo 37 a la Ley de Turismo convendría añadir los apartados c) y d), que son los que contienen las definiciones de este tipo de empresas. Debería repasarse el texto, y utilizarse la mayúscula en alguna expresión (por ejemplo, autonomía, precedida de Estatuto).

– Artículo 1. Objeto.

Dado que la regulación tiene como objeto la actividad turística complementaria de estas empresas, no su regulación mercantil, mejoraría la redacción si se incluyera como objeto:

“El presente Decreto tiene como objeto la regulación de la actividad turística de las empresas de turismo activo, entendiéndose como tales las recogidas en el artículo 37, apartados c) y d) de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia”.

– Artículo 8. Deber de información.

El apartado 1 establece que las empresas a que se refiere el presente Proyecto deberán informar por escrito a sus clientes, antes de iniciar la práctica de la actividad de que se trate, de una serie de extremos que relaciona.

Conforme se indicó en nuestro Dictamen núm. 90/07, la LT no establece tal exigencia (por escrito), sino la de poner a disposición del público la información relativa al régimen de

servicios que se oferten (artículo 41.1), teniendo pleno sentido si se tiene en cuenta, además, las nuevas tecnologías de la información. Además se ha previsto en el último párrafo de este artículo que, tras recibir la información, los clientes suscriban una declaración responsable manifestando que han recibido dicha información.

En otro orden de ideas, el apartado b) debe utilizarse el plural en itinerario o trayecto, y en el apartado g) podría suprimirse la palabra seguro que se reitera, sustituyéndola por su empleo en plural.

– Artículo 9. Contrato.

En la medida que la ordenación del turismo, en el marco de una política administrativa con objetivos protectores del consumidor, no puede afectar a la relación contractual *interprivatos* como ha indicado reiteradamente el Consejo Jurídico (por todos Dictámenes 85/2005, 65 y 95 del año 2.007), sin que sea necesario reiterar aquí lo dicho en los referidos Dictámenes, debería sustituirse o suprimirse el título del artículo, añadido a sugerencia de algún informe, pudiendo, en el caso de que se adopte la segunda opción, insertarse el contenido del apartado 1, sobre el que seguidamente se realiza una observación, al artículo anterior, y el apartado 2 al artículo 7 del Proyecto de Decreto, sobre seguridad y prevención de accidentes.

Por las mismas razones, pese a que se ha recogido así en algún reglamento autonómico de contenido similar, debería modificarse la redacción del párrafo introductorio “*el contrato entre empresa y los clientes se celebrará por escrito en aras de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, constando la identificación del objeto, con desglose de servicios y precios*”, de manera que no pueda ser interpretado como la regulación de un requisito de validez de los contratos, en orden a no invadir el ámbito estrictamente civil y mercantil que está reservado a las competencias estatales (artículo 149.1.6ª y 8ª CE). A este respecto la finalidad protectora del consumidor, en ejercicio de las competencias autonómicas en materia de defensa del consumidor y usuario, no alcanza a establecer los requisitos que debe cumplir un determinado tipo de contrato, pues incidiría de lleno dentro del derecho contractual, como puso de manifiesto la STC núm. 62/1991, de 22 de marzo. Concretamente en nuestro Dictamen núm. 65/2007 resumimos como criterios delimitadores de la competencia autonómica “la no afectación de la relación contractual *“interprivatos”*, mediante el establecimiento de condiciones que incidan sobre el contenido de los contratos, fijando condiciones generales de la contratación o modalidades de contratos, delimitando su contenido típico, generando nuevos derechos u obligaciones para las partes, estableciendo la forma en que nacen y se extinguen los derechos y las obligaciones de los empresarios o las condiciones de validez de los contratos privados”. A este respecto, según los artículos 1278 y 1279 del Código Civil, los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, salvo que la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivos las obligaciones propias de un contrato. Así lo ha establecido, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley estatal 21/1995, de 6 de julio, para el contrato de viaje combinado.

Además, ha de tenerse en cuenta, dado el rango normativo de la disposición que se dictamina, que ésta ha de ajustarse a las previsiones de la LT y Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 51 LPAC), por lo que debe adecuarse su redacción a lo dispuesto en los artículos 45.3 LT, que recoge como derecho del usuario turístico la

obtención de los documentos que acrediten los términos de su contratación, y 41 de la misma Ley, que establece la obligación de las empresas turísticas de entregar al cliente documento acreditativo del pago en el que figuren, detallada y separadamente, cada uno de los servicios o conceptos.

Por tanto podría sustituirse por una redacción del siguiente tenor o similar: “En el momento de la perfección del contrato, la empresa deberá entregar al usuario documentos que acrediten los términos de la contratación y del pago en el que figuren, detallada y separadamente, cada uno de los servicios o conceptos”.

Por último, respecto al segundo párrafo y en lo que concierne a los menores de edad, el Consejo Jurídico considera acertado que se recoja la necesidad de autorización por escrito de los titulares de la patria potestad o tutela, a la vista de las actividades de aventura, si bien la segunda alternativa planteada (o al menos la presencia de una persona mayor de edad que se responsabilice de los menores) no parece que pueda excluir la primera.

– **Artículo 11. Precios y comunicación.**

Si bien se estima la observación del órgano preinformante acerca de que se añada al final del título “de los mismos”, sin embargo no se ha volcado en el texto que se considera como borrador definitivo.

– **Artículo 13. Procedimiento de autorización.**

Se realizan las siguientes observaciones a los distintos apartados en los que se divide:

- Podría mejorarse la redacción del primer párrafo del apartado 2, en relación con el epígrafe a) como propone algún informe (Jefe de Servicio de Ordenación e Inspección de Turismo), lo que redundaría en su claridad para el destinatario de la norma. En todo caso, como sugirió el órgano preinformante, deben sustituirse las siglas NIF, CIF o D.N.I por su denominación completa, incluyendo las mismas, si se considera oportuno, entre paréntesis.
- Podría mejorarse la redacción del apartado b) si se dijera: “Memoria descriptiva de las actividades (...)”.
- En relación con la remisión a las titulaciones (c) habrá de tenerse en cuenta la observación realizada con anterioridad, siendo en todo caso incompleta, pues no tiene en cuenta lo indicado en la Disposición Transitoria Primera.
- El apartado d) establece, como requisito de documentación a presentar por el interesado, el certificado del Ayuntamiento correspondiente haciendo constar que dispone de las licencias municipales oportunas. El Consejo Jurídico considera muy acertado que se trate de coordinar la autorización sectorial con las licencias municipales. Sin embargo, puede plantearse en la práctica que la licencia de actividad que otorgan los Ayuntamientos (también conocida como de ocupación), si fuera precisa de acuerdo con las ordenanzas municipales, no se otorgara hasta que se dispusiera de la autorización sectorial turística, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217.4, segundo párrafo, del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia. Convendría, por tanto, contemplar dicha posibilidad con una redacción de este tenor: “Certificado...haciendo constar que se dispone de las licencias municipales oportunas, o en tramitación, pendientes de la autorización sectorial turística, en cuyo caso habrá de ser aportada

con posterioridad”. Dicha condición podría recogerse en la Resolución que se adopte.

- En el apartado e) se establece que el seguro de responsabilidad civil ha de cubrir una cuantía mínima de 600.000 euros por siniestro y una franquicia máxima de 600 euros. Al margen de la previsión similar de alguna norma autonómica, es conveniente que se justifique en el expediente las cuantías adoptadas, pues también las hay que difieren de éstas, así como el mantenimiento de la franquicia cuando se ha propuesto por algún informante su eliminación (folio 76). En otro orden de ideas, como indicamos en nuestro Dictamen 40/2007, y aunque se exija en otros Decretos autonómicos, parece impropio que deba justificarse anualmente la copia del mismo, bastando a este respecto que se exija el mantenimiento de la póliza durante el tiempo de prestación de la actividad, estando a disposición de la Administración para su comprobación cuando lo demande, como sugiere algún informe (folio 76), habiéndose recogido en tal sentido por el Decreto 280/2007, de 3 de agosto, que regula los Organizadores Profesionales de Congresos de la Región de Murcia.

Por último se ha tachado por el órgano preinformante de medida recaudatoria la exigencia de que las copias de los documentos que deben aportarse se presenten compulsadas administrativamente, o legalizadas notarialmente, si bien el Consejo Jurídico entiende que el artículo 46 LPAC establece el requisito de compulsas de las copias que van a obrar en el expediente, pues responde a la necesidad de que su autenticidad haya sido comprobada, pareciendo adecuado que se exija copia compulsada de determinados documentos (póliza de contrato de seguro, del título que asegure la disponibilidad el local, etc.), mientras que la otra posibilidad prevista (copias legalizadas notarialmente) se plantea con carácter alternativo.

– Artículo 14. Resolución e inscripción.

Este artículo establece que, una vez autorizada, la Consejería competente (el órgano competente es el titular de la Dirección General correspondiente, según el artículo 10 LT) procederá a su anotación de oficio en la Sección Especial de Empresas y Actividades Turísticas Complementarias del Registro de Empresas y actividades turísticas de la Región de Murcia.

A la redacción propuesta se realizan las siguientes observaciones:

- Es más adecuado el término inscripción, que recoge el título, para referirse al primer asiento en el Registro, cuya denominación completa debe escribirse en mayúsculas, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley que desarrolla.
- La inscripción en el Registro se practica de oficio, con carácter general una vez concedida la autorización, salvo respecto a las empresas que desarrollan actividades turísticas complementarias, como las que nos ocupa, puesto que los artículos 38 y 41,9 LT establecen la inscripción a instancia de parte. Por ello convendría, con la finalidad de adecuar el texto a las previsiones de la LT, añadir en el artículo 13.2 a la solicitud de autorización “e inscripción”.

– Disposiciones Finales.

Respecto a la Primera, no se alcanza a comprender a qué normas puede extenderse la habilitación al titular de la Consejería cuando se hace referencia a materias de ámbito inter-

no del departamento, puesto que se trata de la regulación de la actividad *ad extra*. Si lo que se pretende es facultar al titular de la Consejería para las materias de ámbito organizativo interno, es una habilitación innecesaria, pues se encuentra ya facultado por los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, como se ha indicado en nuestro Dictamen núm. 90/2007.

Respecto a la Segunda, debería señalar que entrará en vigor a los veinte días siguientes “al de su publicación” en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (no “a su publicación”).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma ostenta competencias para aprobar el Proyecto de Decreto por el que se regulan las empresas de turismo activo, en desarrollo de la LT (Consideración Segunda).

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento seguido, no consta en el expediente la justificación de la falta de audiencia a otras empresas del sector, así como de la Dirección General del Medio Natural, por la fuerte vinculación de las actividades que integran el turismo activo con la gestión de los espacios naturales protegidos (Consideración Tercera).

TERCERA.- Se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones:

- Las realizadas a las titulaciones requeridas (Consideraciones Cuarta, III, y Quinta, observaciones al artículo 13, tercer párrafo).
- Debe ajustarse a lo dispuesto en la LT la regulación de la información previa (observaciones particulares al artículo 8), los contratos entre empresa y usuario turístico (observaciones particulares al artículo 9), y la solicitud de inscripción en el Registro (observaciones particulares al artículo 14).
- Deben definirse dos actividades (tirolina y supervivencia) que se contienen en el Anexo, como se ha hecho con las restantes.

CUARTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 128/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a B. O., madre del menor M. O., como consecuencia de los daños morales por la asunción de la tutela de su hijo.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 24/09/07

Extracto de Doctrina

La patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas administrativas y judiciales que se acuerden, incluida la de suspensión o privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La señora B. O., madre del menor M. O., presentó el 8 de junio de 2006 en el Registro General de la CARM, un escrito ejercitando una reclamación por responsabilidad patrimonial de dicha Administración regional originada por la asunción administrativa de la tutela de su hijo menor por el procedimiento de urgencia, desde su nacimiento hasta los ocho meses de vida, solicitando una indemnización de 150.000 euros en concepto de daños morales. Según expone, el día 7 de junio de 2005 se dictó resolución de asunción de tutela con carácter de urgencia, y se mantuvo hasta el cambio de las circunstancias, dictando resolución de cese el 8 de diciembre del mismo año. La interesada sostiene que la Administración intervino indebidamente y prolongó la situación, también indebidamente, durante ocho meses, adoptando medidas absolutamente desproporcionadas, ya que asumió la tutela del menor sin el mínimo juicio de ponderación que requiere una medida de tal calado, y la mantuvo injustificadamente.

SEGUNDO.- Los días 25 y 26 de julio, por orden de la Consejera de Trabajo y Política Social, se acordó la incoación del procedimiento, el nombramiento de instructora y el traslado de la reclamación al Delegado de A., C. S. y R., S.A., habida cuenta de que la Secretaría Sectorial de Acción Social y Familia tiene suscrita con esa compañía una póliza de responsabilidad civil por daños diversos; en tales resoluciones se significó que la remisión del expediente desde la Dirección General de Familia se había acompañado con informe del Servicio de Protección de Menores de 7 de julio de 2006, explicativo de las actuaciones a las que se achaca el daño.

a) El informe expone que el menor fue tutelado debido a la carencia de vivienda de la madre, y a otros factores que quedaron fijados en el expediente; se indica que la decisión se adoptó en beneficio del menor evitándole situaciones de riesgo contraproducentes para su desarrollo personal.

b) En el expediente consta una comunicación remitida al Servicio de Protección de Menores por la trabajadora social del Hospital Virgen de la Arrixaca dando cuenta del nacimiento del menor y de las circunstancias de riesgo social; se indica que la madre carece de domicilio y que, según ella misma, va a vivir en la calle, y que no tiene en España trabajo

ni familia; que el padre del menor es marroquí y está en Marruecos. Aparece también en el expediente un registro de incidencias del 7 de junio, en el que se hace constar que se recabó información sobre la situación de la madre ante las asociaciones que le habían dado acogida, resultando que en dos residencias había tenido problemas de relación creando otros de convivencia, en ocasiones graves, y que, probablemente, se dedicaba a la prostitución; concluyen en la imposibilidad de acogerla tras el parto, dados estos antecedentes; consta también una valoración del riesgo del menor que califica de negligencia grave la actitud de la madre. El Jefe de Sección de Protección y Tutela propuso que la Comunidad Autónoma asumiera la tutela del menor, lo que resolvió la Directora General de Familia el 7 de junio de 2006; en dicha resolución consigna como antecedentes que la madre presenta un comportamiento agresivo que le impide alojarse en las habituales casas de acogida, que se ha dedicado a realizar actividades marginales, como la prostitución y el robo, y que, dadas esas circunstancias, se estima necesario actuar por el procedimiento de urgencia asumiendo la tutela del menor y concediendo a la madre un régimen de visitas quincenal. El 15 de junio compareció en las oficinas del centro hogar de la infancia el Sr. O. E. W., Ministro de culto de la Iglesia Evangélica Africana Pentecostal, que dice ser primo de la madre, ya que sus respectivas madres son hermanas, hecho que no puede demostrar porque en Nigeria las mujeres adoptan el apellido del marido, y que desea hacerse cargo del menor. El 20 de junio la interesada presentó un escrito de alegaciones ante el Servicio de Protección del Menor, oponiéndose al mantenimiento de la privación de la patria potestad y manifestando que cuenta con el apoyo de terceras personas, como es su primo hermano O. E. W., en cuya vivienda está empadronada, y que tanto su primo como la congregación a la que pertenece se han comprometido a acogerla a ella y a su hijo, a facilitarles ropa y comida y a cubrir todas las necesidades; expone que está casada en Marruecos, que su marido y padre de la criatura vendrá a reunirse con ellos, y que, en su interés por integrarse en España, ha solicitado su afiliación a la Seguridad Social y niega haber ejercido la prostitución; por ello solicita la devolución de la tutela de su hijo. Mediante resolución de 22 de noviembre de 2005 se concedió un régimen de visitas semanal, dada la implicación de la madre en el proceso. El 30 de noviembre de 2005, la Comisión del Menor propone el cese de la tutela, dado que: a) la madre del menor trabaja; b) nunca ha faltado a las visitas con su hijo en el centro; c) convive con una familia que le presta apoyo económico y para la atención del menor; y d) la vivienda reúne el equipamiento básico. El 2 de diciembre, un trabajador social se entrevista extensamente con la madre en su domicilio, tras lo cual emite informe en el sentido de que el comportamiento parental de la madre es apropiado y que las expectativas que tiene en su entorno para las necesidades y capacidades evolutivas del menor también son adecuadas, por lo que considera conveniente no ratificar la tutela y reincorporar al menor a su madre. El 7 de diciembre la Directora General de Familia dictó resolución ordenando cesar la tutela. El 20 de octubre de 2005, la madre formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Murcia demanda de juicio verbal oponiéndose a la declaración de desamparo del menor, resuelta mediante Sentencia de 7 de febrero de 2006 que desestima la demanda por haber satisfacción extraprocesal del interés pretendido.

TERCERO.- Acordada la apertura de periodo de prueba por treinta días para practicar, los diez primeros para proponer, el 21 de septiembre de 2006 la reclamante presentó escrito de proposición, cuya práctica no se admitió por no deducirse de su tenor literal propuesta de prueba alguna.

CUARTO.- El 3 de octubre de 2006 se dio audiencia a la interesada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del RD 429/1993, de 26 de marzo, concediéndole un pla-

zo de 10 días para que, con vista del expediente, pudiera formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimara procedentes, lo que hizo mediante escrito de 17 de octubre de 2006, en el que reitera su petición indemnizatoria.

Con fecha 7 de noviembre de 2006 se procedió igualmente a practicar el trámite de audiencia a la compañía de seguros A., sin que ésta hiciera uso de su derecho a presentar alegaciones.

QUINTO.- El 28 de febrero de 2007 la instructora formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación indemnizatoria, tras lo cual, completada la documentación reglamentaria, se solicitó el Dictamen del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 13 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Se han cumplido las prescripciones legales y reglamentarias para tener correctamente entablada la reclamación y tramitado el procedimiento.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de Diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como el Decreto 24/2007, de 2 de Julio, de reorganización de la Administración regional, la competencia para resolver corresponde al Consejero de Política Social, Mujer e Inmigración.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. La interesada reclama una indemnización por daños morales sufridos como consecuencia de la asunción de la tutela de su hijo por parte de la Administración autonómica, que valora en 150.000 euros; daños consistentes en la privación de su hijo durante los ocho primeros meses de vida, lo que supone para una madre un padecimiento irreparable. Como la propuesta de resolución expresa, el daño se convierte en lesión y resulta resarcible cuando es objetivamente antijurídico, en el sentido de que la interesada no esté obligada a soportarlo, debiéndose ponderar si las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas por la esfera de afectados. La reclamación dictaminada tiene su origen en un acto administrativo no anulado, sino simplemente privado de efectos por la propia Administración al desaparecer su objeto, por lo que dicho acto goza de la presunción de legalidad general establecida por el artículo 57 LPAC, sin que la pretensión de resarcimiento pueda ser utilizada como una nueva instancia de revisión de su legalidad.

II. El artículo 139.1 LPAC considera que los ciudadanos tienen derecho a ser indemnizados por la administración si ésta les causa daños en “*cualquiera de sus bienes y derechos*”,

amplia expresión que, como habitualmente reconoce la doctrina y la jurisprudencia, puede comprender la satisfacción de los daños morales, pero en el curso del procedimiento es necesario identificar tal daño moral y probarlo, conectarlo con la actuación administrativa y, sobre todo, valorarlo con arreglo a los criterios que la propia LPAC ofrece: “*La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado*” (art. 141.2).

La privación del derecho-deber de ejercicio de la maternidad cabe considerarla un daño moral (STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de abril de 2006) identificable como un estado de ánimo integrado por un padecimiento psíquico o espiritual de una cierta intensidad, capaz de alterar a la persona porque genera gran incertidumbre y frustración: no puede cuestionarse que la privación a una madre de sus hijos es susceptible de causar un daño así.

No obstante, es esencial destacar que el acto del que se pretende hacer derivar la lesión constató una situación de desamparo razonablemente documentada y la mantuvo en tanto se transformó la realidad, y esa transformación se demostró estable, para hacer cumplir el principio general del que parte la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de Infancia de la Región de Murcia, de que cualquier medida a aplicar se adoptará siempre en interés del niño, que deberá prevalecer ante cualquier otro interés en juego (Exposición de Motivos, párrafo décimo). Ha de recordarse que la patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas administrativas y judiciales que se acuerden, incluida la de suspensión o privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño. Con la suspensión a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor respecto al que pesa un grave riesgo de resultar insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses, teniendo en cuenta, además, que la apreciación de la responsabilidad derivada de actos administrativos no puede ignorar la existencia de supuestos en los que es necesario reconocer un cierto margen de apreciación a la Administración, en tanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia (SSTS de 11 de marzo de 1999 y 13 de enero de 2000, entre otras). Así, el daño no puede calificarse de antijurídico y queda la madre obligada a soportarlo, no ya porque la Administración goce de un título legítimo de intervención regulado por los artículos 22 a 24 de la citada Ley 3/1995, sino porque nada hay en el expediente que apunte a la actuación desproporcionada que alega la reclamante, debiéndose destacar a este respecto que el tiempo que media entre la solicitud de la madre de ser reintegrada en la patria potestad (20 de junio) y la resolución que así lo acuerda (7 de diciembre) es el necesario para verificar, en parte a través del régimen de visitas, las aseveraciones de la reclamante y su actitud hacia el niño, pudiéndose apreciar que todavía en la visita realizada el 29 de octubre el técnico percibe muestras de apatía o inutilidad, así como un deterioro en el estado cognitivo o emocional de la madre (folio 78). En definitiva, el tiempo necesario para constatar la capacidad parental y considerar paliadas las situaciones que dieron lugar a la asunción de la tutela por la Administración.

A través del instituto de la responsabilidad extracontractual de la Administración no se resarce cualquier dolor o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídico protegido. El padecimiento alegado por la reclamante encajaría dentro de las cargas que las normas imponen y, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, no son indemnizables los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar.

Por otra parte, la determinación del “quantum” indemnizatorio no obedece al juicio de prudencia y razonabilidad que requiere la jurisprudencia (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de noviembre de 2004), ni presenta una conexión precisa y directa con los hechos probados en el caso concreto (Dictamen 10/2005, del Consejo Jurídico).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen, al no apreciarse antijuridicidad en el daño alegado por la reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 129/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. B. F. E., en nombre y representación de su hija menor de edad T. F. R., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 24/09/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 130/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. A. S. M., en nombre y representación de su hija menor de edad A. S. L., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 24/09/07

Extracto de Doctrina

Como ha señalado la jurisprudencia y este Consejo Jurídico en Dictámenes anteriores, al no existir ninguna circunstancia que justifique lo contrario debe estimarse en un 50% el respectivo aporte de responsabilidad de las dos partes (padres y Administración),

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. P. A. S. M. presentó, con fecha 12 de mayo de 2006, una reclamación por daños y perjuicios contra la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por las lesiones sufridas por su hija el 30 de marzo de 2006 en el C.E.I.P. “San Fernando”, de Lorca (Murcia).

En la citada reclamación se alega lo siguiente: “A las 8,57 h. del 30 de marzo, tras cruzar la puerta de la valla del colegio seguida de sus padres, la niña en cuestión, de 7 años de edad, corriendo con un compañero de clase en dirección a la entrada al edificio para iniciar la jornada lectiva a las 9 h, tropieza con la cartera de otro alumno que se desplazaba y cae dándose con la boca en el bordillo de una jardinera de cemento. La niña fue levantada del suelo por su padre en presencia de su madre...”.

Con el citado escrito se acompaña la siguiente documentación:

- Fotocopia Compulsada del Libro de Familia
- Factura expedida por una clínica dental, por importe de 150 euros.
- Informe clínico del dentista D. F. S. M..

SEGUNDO.- Con fecha 30 de mayo de 2006, el Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificado al interesado.

TERCERO.- A instancia del órgano instructor, con fecha 14 de junio se solicita informe a la Directora del Centro sobre todas aquellas circunstancias que concurrieron en los hechos.

Dicho informe, emitido con fecha 22 de junio de 2006, manifiesta lo siguiente:

“El día 30 de marzo, a las 8:57 horas, estaba yo en el despacho de Dirección cuando entró D. P. A. S. M. con su hija A., alumna de 2º de Primaria, grupo C, y muy nervioso me explicó que A. había tropezado y al caer se había partido los dos dientes incisivos centrales superiores.

(...)

Lo tranquilicé al tiempo que examinaba a la alumna para ver el alcance del accidente. Tenía un pequeño rasguño cerca de la nariz y la rotura de los dientes antes mencionados. (...)

Además de oír la versión del padre, escuchamos la de la niña accidentada y la del compañero que jugaba con ella. Nos desplazamos al lugar del accidente el Jefe de Estudios y yo, acompañados por los dos alumnos, que coincidieron exactamente en la explicación de los hechos.

Nos dijeron lo siguiente:

Que antes de tocar el timbre para entrar al Colegio, se pusieron los dos a jugar a las carreras y, como A. quería ganar, echó por el sitio donde había una cartera de un niño de 3º de Primaria y tropezó con ella, cayendo al lugar donde había plantado un árbol que se secó (foto 1).

En el momento del accidente no había cerca ningún profesor.

El redondel de cemento donde en su día hubo un árbol que se secó está en línea con el resto de los árboles del patio, cerca de la puerta de entrada, pero no es paso obligado para llegar a la puerta de entrada al edificio del Colegio.

Dicho redondel de cemento y algún otro que hay como él, cuyos árboles se han secado, no han provocado ningún otro accidente anteriormente.

Antes y después del horario escolar son los padres los encargados de vigilar la entrada y salida del recinto, por lo que no se requiere la vigilancia del profesorado.

El accidente de A. lo califico de totalmente fortuito.

Mi opinión es que al tropezar en la cartera o en cualquier otro sitio podría haber caído de igual forma a otro lugar como acera, rampa, o escalinata de subida al Colegio, pudiéndose accidentar del mismo modo (foto 2)."

CUARTO.- Con fecha 29 de junio de 2006 se acordó la apertura de un trámite de audiencia para que el reclamante pudiera tomar vista del expediente y realizar las alegaciones que considerase convenientes, no haciendo uso de este derecho.

QUINTO.- El 11 de octubre de 2006 se solicitó a la Unidad Técnica de la Dirección General de Enseñanzas Escolares que se personara en el Centro Escolar para que se pronunciara sobre si la ubicación de dicha jardinera generaba riesgo a los alumnos.

El 23 de noviembre siguiente se emitió el informe en cuestión, en el que se señala lo siguiente:

"La jardinera en cuestión NO PRESENTA UNA PELIGROSIDAD mayor que cualquier otro alcorque o pequeño obstáculo del resto del centro.

Su UBICACIÓN ES ADECUADA, al encontrarse alineada en los dos sentidos con el resto de árboles, formando un conjunto perfectamente delimitado, por lo que no está en una zona de paso obligado.

Mientras esté pendiente su REPLANTACIÓN, se debería de rellenar de arena, tierra o cualquier otro material, para evitar cualquier otro despiste que pueda acarrear consecuencias como las que nos ocupan."

SEXTO.- Con fecha 23 de noviembre de 2006 se acordó un nuevo trámite de audiencia, haciéndole constar al interesado el nuevo documento que obraba en el expediente, sin que conste que haya hecho uso de este derecho.

SÉPTIMO.- El 20 de diciembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo regional y los daños por los que se reclama.

OCTAVO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 27 de diciembre de 2006, el Consejero de Educación y Cultura solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, el padre de la menor, cuya condición acredita con la copia compulsada del Libro de Familia, al ostentar la representación legal de la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

El centro educativo en el que ocurrieron los hechos pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante, que ostenta la legitimación pasiva.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el procedimiento tramitado ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al respecto en la misma y en el citado RRP.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama. Concurrencia de responsabilidad.

I. Según se desprende de lo establecido en el artículo 139 y siguientes LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con

relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad fuertemente objetivada y directa.

Ahora bien, a este respecto, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

II. Partiendo de lo anterior, en el caso que nos ocupa se advierte la concurrencia de responsabilidades de los padres del alumno y del centro escolar en la producción de los daños por los que se reclama.

Así, en primer lugar, debe destacarse que, conforme se expresa en los Antecedentes y reconoce el padre de la alumna accidentada, éste y su esposa eran, el día en cuestión, los encargados de acompañar a su hija hasta la entrada al edificio del colegio, estando junto a la niña hasta que comenzó a correr junto a un compañero, de forma descontrolada, hacia la referida entrada; dicha carrera generó un riesgo indebido que, posteriormente, dio lugar al daño en cuestión, al tropezar durante la misma con una cartera que había en el suelo y caer la niña al suelo. Esta situación de riesgo genera la responsabilidad de los padres, por su culpa *“in vigilando”* en lo que se refiere a su deber de velar por la normal y correcta conducta de su hija en su acceso al centro escolar.

Sin embargo, no puede desconocerse tampoco que, en su caída, aquélla impactó precisamente con el bordillo de un alcorque, pareciendo razonable que con ello se agravara el daño que hubiera sufrido la alumna de no haberse producido tal circunstancia. Y debe considerarse que la existencia de dicho alcorque en la situación en la que se encontraba, es decir, vacío (aún no se había replantado el árbol que allí debía colocarse), sin relleno ni protección (como reconoce el informe de la Unidad Técnica de Instalaciones reseñado en el Antecedente Quinto), es una situación que incrementa el riesgo normal u ordinario que cabe aceptar en el desenvolvimiento normal del alumnado en este tipo de situaciones, pues

la ausencia del árbol en el alcorque hace menos perceptible su existencia y propicia el paso de los alumnos sobre el mismo, especialmente en situaciones como la que es del caso. Y a ello no obsta que el alcorque se encontrara alineado con otros en los que sí había árboles, o que el lugar en el que se encontraba y por el que transitó la alumna no fuese el camino obligado, o siquiera el más recto, para acceder al edificio, ya que, según las fotografías obrantes en el expediente (f. 17), se encuentra en una zona abierta y practicable para el acceso al citado edificio, sin restricción alguna a estos efectos.

Las anteriores circunstancias no se ven desvirtuadas por el hecho de que el reclamante no las alegue en su reclamación, pues se trata de cuestiones que se desprenden del expediente y conectadas con la esencial pretensión indemnizatoria que se deduce, por lo que deben ser consideradas a la hora de dictar la resolución sobre el fondo del asunto, conforme con las exigencias establecidas en el artículo 13.2 RRP en relación con el 89.1 LPAC.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

La expresada concurrencia de responsabilidades obliga a moderar correlativamente el importe de la indemnización solicitada. Como ha señalado la jurisprudencia y este Consejo Jurídico en Dictámenes anteriores, al no existir ninguna circunstancia que justifique lo contrario debe estimarse en un 50% el respectivo aporte de responsabilidad de las dos partes (padres y Administración), lo que lleva a tener que reconocer aquí una indemnización del 50% de los gastos de reparación dental reclamados y no discutidos, es decir, una indemnización de 75 euros, que deberá actualizarse conforme con los criterios establecidos al respecto en el artículo 141.3 LPAC.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, existiendo una concurrencia de responsabilidad entre la Administración y el reclamante, en los términos expresados en la Consideración Tercera, II del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La indemnización que debe reconocerse el interesado ha de ajustarse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

TERCERA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 131/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. T. G. en representación de G. S. S.A., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 01/10/07

Extracto de Doctrina

1. El TS se inclina por dar eficacia interruptora a la formulación de reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en los casos en que la Administración ha podido suscitar dudas sobre la titularidad del servicio público en cuestión, y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. El supuesto planteado es similar al abordado en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico sobre daños producidos por caída de ramas de árboles situados en zona de dominio público viario de titularidad autonómica, como en los n.º 131/02 y 38/03.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito dirigido al Ministerio de Fomento, presentado el 26 de febrero de 2001, D. J. M. A. P., en nombre y representación de D. S. P. P. y de G. I., S.A., reclamó una indemnización de 216.920 pts. (1.303,72 euros) para el primero y de 50.619 pts. (304,23 euros) para la segunda (ésta en calidad de aseguradora del primero y pagadora de esta cantidad en razón de su contrato de seguro), por los daños sufridos en el vehículo del señor P., un Seat Toledo matrícula X, al caer sobre el mismo el 20 de julio de 2000 una rama de grandes dimensiones de un árbol colindante con el n.º X de la calle M. E., de Librilla (Murcia), que el reclamante estimó perteneciente a la travesía de la carretera nacional 340 a su paso por el núcleo urbano de la citada población. Propone como prueba la testifical de dos personas que afirman que presenciaron el hecho, y fotografías de la rama caída sobre el vehículo y del árbol en cuestión.

Aporta facturas de reparación de los daños, indicando que una de ellas fue abonada por dicha entidad aseguradora.

SEGUNDO.- Durante la instrucción del procedimiento por el citado Ministerio, se recibió informe de 18 de mayo de 2001 de la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia, en donde, entre otros extremos, se expresó lo siguiente.

“Como se indica en el escrito presentado por D. J. M. A. P., el suceso tuvo lugar en la calle M. E., la cual se encuentra en el casco urbano del municipio de Librilla.

No es correcto decir que “dicha calle es la travesía de la Carretera Nacional 340 a su paso por Librilla...”, puesto que el trazado que atravesaba el municipio de Librilla desapareció como tal al entrar en servicio el 8 de abril de 1992 la CN-340, Autovía de Me-

diterráneo, Tramo Alcantarilla-Alhama de Murcia, no constando en la actualidad trazado de la CN-340 antigua en el municipio de Librilla.

No obstante lo anterior y como se refleja en la copia adjunta del Boletín Oficial del Estado publicado el 6 de noviembre de 1984, según Real Decreto 1553/1984 de la Presidencia del Gobierno del 1 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de carreteras, se transfieren varias carreteras, entre las que se incluye el tramo denominado travesía de Librilla, entre el p.k. 309,0 y el p.k. 311,9 de la antigua carretera N-340 de Cádiz a Barcelona por Málaga.”

TERCERO.- Mediante oficio de 17 de julio de 2002 se notifica al reclamante la apertura del preceptivo trámite de audiencia, en el que se le comunica que el 19 de julio de 2001 se solicitó informe a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia respecto de su competencia sobre el asunto. Dicha solicitud de informe, que consta recibida por la citada Consejería el 1 de febrero de 2002, no fue contestada.

CUARTO.- A la vista del informe de la Demarcación de Carreteras, el 4 de septiembre de 2002 el reclamante presentó escrito al Ministerio solicitando la remisión del expediente a dicha Consejería, sin necesidad de pronunciamiento sobre la reclamación presentada.

QUINTO.- Mediante oficio de 16 de octubre de 2002, el Ministerio comunica al reclamante que con tal fecha se había procedido a remitir el expediente a la citada Consejería para que ésta resolviera lo procedente.

SEXTO.- Mediante escrito presentado el 4 de febrero de 2003, el reclamante solicita a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes que impulse el expediente que le fue remitido por el Ministerio de Fomento, remitiéndose a la documentación incluida en el mismo.

SEPTIMO.- Incoado por dicha Consejería el correspondiente procedimiento, y solicitado a su Dirección General de Carreteras el preceptivo informe sobre los hechos en cuestión, fue emitido el 17 de marzo de 2005, en el que se expresa lo siguiente:

“Referente al citado expediente le informo que, después del periodo de trámite que ha tenido en la Demarcación de Carreteras del Ministerio de Fomento y que a su vez traslada a la Comunidad de la Región de Murcia (Dirección General de Carreteras), se observa en las fotografías que se aportan la realidad fehaciente del impacto de una rama de gran tamaño sobre el vehículo siniestrado, no existiendo al respecto parte ni de la guardia civil de tráfico, ni de la policía local. Tampoco en las fotografías se ve referencia alguna a la ctra. N-340 (Travesía de Librilla); no obstante, previa información del Ayuntamiento de Librilla, la calle M. E. es coincidente con un tramo de la travesía, por lo tanto al ser competencia de la Dirección General de Carreteras, procede a nuestro entender, aceptar la reclamación de los daños cuya valoración se aporta en la documentación del citado expediente.”

OCTAVO.- Con fecha 3 de abril de 2005 se practica la prueba testifical solicitada por el reclamante, en la que dos personas manifiestan haber presenciado los hechos relatados por el primero.

NOVENO.- Solicitado al Parque de Maquinaria de dicha Dirección General un informe sobre la valoración de los daños alegados, es emitido el 19 de julio de 2005, en el que señala lo siguiente:

“En relación al costo de la reparación que se señalan en las facturas que se acompañan sobre sustitución de parabrisas y reparación y pintado de chapa, he de hacer constar lo siguiente.

Respecto al precio del parabrisas se ha consultado dicho precio en la empresa “GLO-SAUTO” y es de 156,60 euros (IVA incluido), a precios actuales, mientras que el precio que se detalla en la factura que se adjunta al expediente, referido a la fecha de 20/07/2000, es de 30.679 ptas.+IVA (213,88 euros IVA incluido).

Respecto a la factura de reparación y pintado completo del vehículo, parece un precio alto, si bien no se detalla si, además de la pintura, se ha tenido que proceder a la reparación de bolladuras.”

DÉCIMO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 10 de marzo de 2006 el reclamante presentó escrito ratificándose en sus alegaciones precedentes.

ÚNDECIMO.- Mediante oficio de 16 de junio de 2006, el instructor requirió al reclamante para que presentase certificado del número de las cuentas bancarias de titularidad de los interesados en las que abonar, en su caso, la indemnización.

DECIMOSEGUNDO.- Con fecha 27 de julio de 2006 el instructor acuerda el archivo del expediente, al transcurrir más de un mes desde la notificación del requerimiento citado sin que se procediese a cumplimentarlo. Dicha resolución de archivo le fue notificada al reclamante mediante edictos en el Ayuntamiento de Murcia y publicación en el BORM.

DECIMOTERCERO.- El 4 de octubre de 2006, el reclamante presenta escrito al que adjunta un certificado bancario de una cuenta corriente de D. S. P. P. y un escrito dirigido a una entidad bancaria solicitándole una certificación de la titularidad de una cuenta a nombre de Seguros G., S. y R., S.A., solicitud que aparece sellada por la primera.

DECIMOCUARTO.- El 23 de octubre de 2006, el reclamante interpone recurso de reposición contra el acuerdo de archivo del expediente, alegando que no fue posible presentar antes los certificados requeridos en su día, y que tal retraso no podía justificar el archivo del expediente, máxime cuando la Administración también se dilata en la tramitación del procedimiento.

DECIMOQUINTO.- Mediante Orden de 28 de noviembre de 2006, el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes estima el citado recurso, por considerar que *“por razones de justicia material, el retraso en la aportación en su presentación (se refiere a las certificaciones de las cuentas bancarias) no puede ser en modo alguno justificador del impago de la indemnización”*.

DECIMOSEXTO.- El 4 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, conforme con el informe emitido en su día por la Dirección General de Carreteras, indicando en ella que las indemnizaciones a abonar a D. S. P. P. y a G. I., S.A. se harán efectivas en una determinada cuenta bancaria (en concreto, en la que fue certificada a nombre del primero).

DECIMOSEPTIMO.- Mediante escrito registrado el 14 de diciembre de 2006, el Secretario General de la citada Consejería, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando al expediente y su extracto, no así el índice reglamentario; deficiencia cuya subsanación fue requerida mediante Acuerdo 18/06, de 18

de diciembre, de este Consejo Jurídico, lo que fue cumplimentado por la Consejería mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 16 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello, el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación y plazo.

I. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, puede afirmarse que se han realizado los trámites esenciales para poder resolver el procedimiento en cuestión.

No obstante, es útil abordar la cuestión relativa al requerimiento que en su día le fue efectuado al reclamante para que aportara certificación de las cuentas bancarias de los interesados en las que abonar, en su caso, las indemnizaciones que procedieran. En este sentido, la decisión de dejar sin efecto el archivo del expediente por no haber presentado en su momento el reclamante tales certificados fue acertada, no ya por las razones de “justicia material” aducidas en la Orden de estimación del recurso interpuesto contra dicho archivo, sino por motivos de estricta legalidad, ya que los indicados documentos no son indispensables para dictar la resolución sobre el fondo del asunto, que debe ceñirse a la determinación de la responsabilidad de la Administración y, en su caso, la eventual indemnización, que son cuestiones distintas a la de la posterior ejecución de la resolución que, en su caso, acordara la estimación de la reclamación. Fase ejecutiva esta última en la que, a efectos de proceder al abono de la indemnización, debe requerirse al reclamante la indicación del lugar en que habría de hacerse.

Por otra parte, en lo que se refiere a la forma de proceder al abono de las indemnizaciones que pueden reconocerse en estos procedimientos, es útil añadir que no resulta correcta la obligación impuesta al representante de los reclamantes de que las cuentas bancarias deban ser necesariamente de titularidad de los interesados si, como en el procedimiento que nos ocupa, y según se desprende de las escrituras de apoderamiento aportadas, el representante está facultado para seguir, hasta su terminación, toda clase de procedimientos administrativos, pues dicha terminación incluye el cobro de las cantidades que la Administración hubiese de abonar, sin perjuicio, claro está, de la posterior obligación del representante para con sus poderdantes. No obstante lo anterior, una vez que dicho representante no puso objeción a que el cobro de las indemnizaciones se realizase en las respectivas cuentas de sus representados, no resultaría correcto que el eventual abono de las respectivas indemnizaciones se hiciese efectivo en la cuenta bancaria de uno sólo de los interesados, en concreto, en la de D. S. P., como pretende, seguramente por error, la propuesta de resolución objeto de Dictamen.

Por todo ello, procede eliminar de la propuesta toda referencia a las cuentas de abono de la eventual indemnización; en el caso de que se dictase una resolución estimatoria del procedimiento, procedería entonces expedir las correspondientes órdenes de pago a las res-

pectivas cuentas bancarias indicadas por el representante en los escritos que a este efecto constan en el expediente.

II. En cuanto a la legitimación de los interesados para deducir las pretensiones indemnizatorias que nos ocupan, resulta clara la de D. S. P., en cuanto titular del vehículo dañado (f. 9 exp.). Por lo que se refiere a G., S.A., que reclama como entidad aseguradora subrogada en la posición del primero por afirmar haber abonado parte de los gastos de reparación de que se trata (cantidad que ahora reclama), se advierte que en la documentación aportada no se acredita de un modo expreso que tal cantidad haya sido efectivamente abonada por la compañía (la factura de reparación de estos concretos gastos, expedida por A., S.L. el 20 de junio de 2000, se extendió a nombre del señor P., según el f.1 exp.). Sin embargo, el hecho de que en la misma se hiciera constar también, y al margen, la identidad de tal compañía, y, sobre todo, el que el señor P. no haya reclamado por el concepto y cantidad por el que lo hace tal entidad, permiten llegar a la convicción de que esta última fue la pagadora de la referida factura, y, por tanto, que está legitimada, por subrogación, para reclamar el resarcimiento de dicha cantidad.

III. Por lo que se refiere al plazo de presentación de la reclamación, debe decirse que, acaecido el hecho que la fundamenta el 20 de julio de 2000 (según la prueba testifical practicada en el procedimiento), el primer requerimiento del derecho al reconocimiento de indemnización que fue dirigido a la Administración regional ha de entenderse producido a virtud del escrito presentado por el reclamante el 4 de febrero de 2003, reseñado en el Antecedente Quinto de este Dictamen, es decir, que se produce en un momento en que ya había transcurrido el plazo de un año que a esos efectos establece el artículo 142.5 LPAC.

No obstante lo anterior, debe determinarse si la reclamación formulada dentro de plazo a la Administración del Estado (el 26 de febrero de 2001), por entenderla entonces el reclamante como la responsable de los daños en cuestión, surte efectos interruptores del citado plazo.

A este respecto, debe señalarse que la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no ofrece una posición uniforme y consolidada en estos casos. Por un lado, existe un conjunto de sentencias que se decanta por negar eficacia interruptora a los requerimientos y reclamaciones de cualquier naturaleza que no vayan dirigidos contra la Administración a la que, con posterioridad a estas actuaciones, se considere responsable (a salvo supuestos de actuaciones de índole penal). Ello se fundamenta, en unos casos, en la exigencia de la triple identidad de elementos (sujeto, objeto y fundamento) de la acción resarcitoria, como en la STSJ del País Vasco de 28 de enero de 1998 y, en parecida línea, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2002 y de Murcia de 28 de enero de 2004. Otras sentencias fundan tal postura en considerar que es una carga u obligación del reclamante averiguar la identidad de la Administración titular de la carretera en cuestión, para lo cual tiene la posibilidad de dirigir el oportuno requerimiento de información a las que pudiese considerar responsables (SSTSJ de Cantabria de 4 de febrero de 1999 y de Extremadura de 28 de Septiembre de 2001), actuación ésta que tiene plena eficacia interruptora del plazo prescriptivo (STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2003); o bien se estima necesario que en la reclamación presentada en plazo contra una Administración que finalmente resultase no ser la competente sobre el servicio público en cuestión, se hubiese planteado, al menos, la duda sobre tal extremo (STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2004). En un sentido en cierto modo análogo, tampoco se reconoce virtualidad interruptora del plazo prescriptivo a la formulación de reclamaciones o requerimientos

dirigidos a un concesionario de la Administración, pero no a ésta (SSTSJ de la Rioja de 24 de mayo de 2001, de Andalucía-Sevilla de 13 de febrero de 2002, y de Murcia de 31 de enero de 2006), por prever la legislación de contratos de las Administraciones Públicas un sistema de requerimiento de información -o de reclamación directa- a la Administración Pública contratante.

Sin embargo, no faltan tampoco sentencias que consideran que si la acción interpuesta contra quien resultó no ser responsable no fue manifiestamente inadecuada (STSJ de Extremadura de 17 de enero de 2002), o el interesado creía razonablemente que la Administración inicialmente requerida era la responsable del servicio cuestionado (STSJ de Andalucía-Sevilla, de 22 de noviembre de 2002), estas actuaciones, que denotan un *animus conservandi* de la acción resarcitoria, son aptas para interrumpir el plazo de prescripción.

Por su parte, aun cuando no puede considerarse que exista una verdadera doctrina del Tribunal Supremo sobre supuestos como el que nos ocupa, cabe destacar que su sala 3ª, en Sentencia de 25 de noviembre de 2002, citando otra suya de 27 de diciembre de 1989, se inclina por dar eficacia interruptora a la formulación de reclamaciones a Administraciones no competentes si concurre alguna circunstancia excepcional que así lo justifique, como en los casos en que la Administración ha podido suscitar dudas sobre la titularidad del servicio público en cuestión, y ello en aplicación del principio general que postula una interpretación del instituto de la prescripción de acciones favorable al ejercicio de éstas, por estar fundado dicho instituto en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, lo que se entiende especialmente aplicable en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el presente caso, y aunque en rigor no puede decirse que la Administración haya inducido a error el reclamante a la hora de determinar la titularidad del tramo de carretera en cuestión (como hubiese podido suceder, por ejemplo, si en dicho tramo se hubiera mantenido -indebidamente- una señalización indicativa del carácter estatal de la carretera, lo que no consta en el expediente), existen circunstancias que justifican que no haya de estimarse prescrita la acción dirigida contra la Administración regional, como el hecho de estar ante un singular y aislado tramo de la carretera (la travesía) que no pertenece al Estado, que, sin embargo, sigue conservando su titularidad sobre el resto de la vía; travesía que tampoco es de responsabilidad del Ayuntamiento (no consta que se le haya cedido su conservación, como sucede en otros casos), sino que fue transferida a la Comunidad Autónoma en el año 1984, como señala el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado reseñado en el Antecedente Segundo. Dichas circunstancias, es decir, el carácter de travesía del tramo y su plena inserción en el núcleo urbano, según las fotografías obrantes en el expediente, suscitaban la razonable apariencia de que la Administración responsable de la conservación de la vía pública podía ser la municipal o la estatal, pero no la autonómica; y ello sin perjuicio de que no exista norma jurídica que obligue a las Administraciones Públicas a instalar señalización sobre la titularidad de sus vías públicas.

Lo anterior justifica, de forma excepcional, un pronunciamiento favorable al examen de la cuestión de fondo, máxime si se considera que entre la fecha del hecho dañoso (20 de julio de 2000) y el momento en que la Administración regional tuvo noticia de la reclamación interpuesta a causa del mismo (el 1 de febrero de 2002, a virtud del trámite reseñado en el Antecedente Tercero), no ha transcurrido un lapso tiempo tan excesivo que pueda dificultar a esta Administración la adecuada defensa de sus derechos frente al interesado, como lo

demuestra el que la propuesta de resolución no oponga reparo a estos efectos y se centre en examinar los requisitos de fondo de la pretensión formulada.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

Una vez determinado que correspondía a la Administración regional la conservación del tramo de carretera en el que ocurrieron los daños, el supuesto planteado es similar al abordado en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico sobre daños producidos por caída de ramas de árboles situados en zona de dominio público viario de titularidad autonómica, como en los n.º 131/02 y 38/03.

Así, en el 131/02, expresábamos lo siguiente:

“Estando plenamente acreditada la realidad de los hechos y de los daños sufridos por el vehículo, así como la antijuridicidad de los mismos al no estar el interesado obligado a soportarlos, cabe analizar la existencia de nexo de causalidad entre aquéllos y el funcionamiento de los servicios públicos, en orden tanto al reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial, como a su imputación a una determinada Administración.

La vía donde se produce el siniestro forma parte de la Red Regional de Carreteras, con el nombre de C-3223, en un tramo considerado como travesía (informe de la Dirección General de Carreteras, folio 123). La Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, establece en su artículo 20, apartado 2, que la Comunidad Autónoma, como regla general, explotará directamente las carreteras a su cargo, señalando el apartado 1 del mismo artículo que la explotación de la carretera, entre otras actuaciones, comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, así como las encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso. Por su parte, el artículo 22.1 establece que son de dominio público los terrenos ocupados por las carreteras regionales y sus elementos funcionales y una franja de terreno de tres metros a cada lado de la vía, medidas en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación.

El hecho de que se trate de una travesía no comporta excepción alguna a dicho régimen jurídico, toda vez que el artículo 36.1 de la misma Ley expresamente señala que la conservación y explotación de todo tramo de carretera regional que discurra por suelo urbano corresponde a la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas (hoy de Obras Públicas, Vivienda y Transportes), sin que conste que se haya procedido a su entrega al Ayuntamiento de Yecla en los términos previstos en los apartados 2 y siguientes del mismo artículo 36.

Resulta evidente, en definitiva, la titularidad regional de la carretera y de la competencia para su conservación y mantenimiento, que se hacen extensivas a la zona de dominio público adyacente a la misma y a los elementos que en la misma se encuentren, en orden a garantizar el uso seguro de la carretera.”

En el presente caso, acreditados los hechos que fundan la reclamación, a virtud de las declaraciones testificales que obran en el expediente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por imputarse los daños a un defectuoso funcionamiento de su servicio público de mantenimiento y conservación viaria, en aplicación de lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

La propuesta de resolución objeto de Dictamen no opone reparo al resarcimiento de las cantidades solicitadas por los reclamantes (que se corresponden con las consignadas en las correspondientes facturas), a pesar de que no coinciden con la valoración de los costes de reparación y sustitución realizada por el Parque de Maquinaria en el informe que se le solicitó al efecto. Aun cuando no se exprese en dicha propuesta, cabe deducir que su conformidad con las cantidades requeridas se debe a que la diferencia entre éstas y la valoración del citado Parque no es considerable, teniendo en cuenta, además, que los precios de reparación de los conceptos por los que se reclama pueden variar razonablemente, además de estar sujetos a un inevitable margen de apreciación. Por ello, cabe aceptar lo consignado en las citadas facturas y, en consecuencia, reconocer el resarcimiento de las cantidades reclamadas, que deberán ser objeto de actualización conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los Servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de las indemnizaciones que deben reconocerse habrá de ajustarse a lo señalado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

TERCERA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Segunda, I de este Dictamen sobre la eliminación en aquélla de la referencia al modo y lugar de abono de las indemnizaciones, debiendo proceder conforme se indica en el último párrafo de dicha Consideración Segunda, I.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 132/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. B. H., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 01/10/07

Extracto de Doctrina

Tal como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen número 4812/1999, la distinción entre la inadmisión y la desestimación tiene carácter procesal y sólo cobra sentido en aquellos procedimientos que constan de dos fases, una orientada a comprobar la concurrencia de los requisitos formales de la reclamación, y otra, encaminada a resolver sobre el fondo. Por ello afirma el alto órgano consultivo que “dirigida una reclamación a la Administración en

solicitud de indemnización por perjuicios derivados de una actuación administrativa, la comprobación de que no se ha presentado en tiempo hábil o de que no concurren las condiciones legales precisas para que el Estado indemnice no puede concretarse en una declaración administrativa de inadmisibilidad sino en un pronunciamiento desestimatorio”.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que la inadmisión, sin entrar en el fondo del asunto, de una reclamación por presunta responsabilidad patrimonial de una Administración pública, teniendo en cuenta la amplia casuística que presentan estos procedimientos en los que los perfiles de dicha responsabilidad resultan no pocas veces discutibles, ha de constituir una posibilidad muy restringida, de modo que en ningún caso se prejuzguen los elementos de juicio que puedan aportarse en el procedimiento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de mayo de 2007, D. J. B. H. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional por el anormal funcionamiento de sus servicios públicos.

De conformidad con su relato, el reclamante comenzó a prestar servicios al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación el 9 de mayo de 2001, como funcionario interino del Cuerpo Nacional Veterinario, ocupando el puesto de Jefe de Equipo Red Alerta Sanitaria Veterinaria, integrado en el Servicio de Intervención Rápida. El trabajo lo prestó *“mediante desplazamiento”* a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por considerarse necesaria la presencia del Equipo al que pertenecía.

El 26 de enero de 2004 es trasladado a la Subdirección General de Sanidad Animal en Madrid y cesa en sus funciones el 16 de noviembre de 2004.

Según el interesado *“durante el período de prestación de mis servicios para el Ministerio contraje la fiebre Q”*, siéndole diagnosticada en junio de 2003. La fuente del contagio fueron los animales atendidos en el ejercicio de sus funciones.

En julio de 2003 comienza un período de incapacidad temporal que culminará el 4 de marzo de 2005, fecha de la resolución por la que se le reconoce una prestación de incapacidad permanente total. Según dicha resolución, que recoge dictamen-propuesta del EVI (Equipo de Valoración de Incapacidades) de 3 de febrero de 2005, el actor presenta el siguiente cuadro residual:

“Infección por Coxiella Burnetti – Enfermedad profesional infecciosa parasitaria según apdo. D/2 Rgto. Enf. Prof. 12-05-78 que produjo fiebre Q Crónica que dejó como secuela polineuropatía mixta de predominio motor distal y simétrica. Osteoporosis transitoria de cadera derecha. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Deambulación medianamente prolongada, en tanto se resuelve la osteoporosis transitoria”.

Sin embargo, el actor afirma que la fiebre Q crónica ha producido secuelas más graves, como una polineuropatía sensitivo motora progresiva en pares craneales bajos y en caderas, presentando una situación actual de limitación absoluta para realizar cualquier tipo de actividad física, con cuadro de inestabilidad para la marcha, crisis de vértigo centrales intermitentes, déficit de sensibilidad y algias generalizadas con impotencia funcional global. Estas secuelas le imposibilitan no ya para una deambulación medianamente prolongada, como la Resolución afirma, sino incluso para la de mínima duración, de tal modo que se

ve incapacitado para realizar cualquier desplazamiento, por pequeño que sea, al sufrir inmediatamente mareos y caídas.

El actor impugna ante la jurisdicción social dicha resolución y recae sentencia de 8 de julio de 2005, del Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba, que declara al actor en situación de incapacidad permanente absoluta. Esta sentencia, recurrida a su vez por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, es confirmada por la de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de mayo de 2006, notificada al interesado el 7 de junio.

Ambas sentencias consideran probadas las siguientes secuelas: polineuropatía sensitivo-motora de miembros inferiores con probable necrosis de cadera derecha que le produce pérdida de fuerza y fatigabilidad secundaria en la musculatura flexora y extensora de los miembros inferiores y que le causa un trastorno de la marcha, con tropiezos fáciles, siendo frecuentes los mareos y las pérdidas de equilibrio.

En su virtud, solicita una indemnización de 260.000 euros.

Como documentación adjunta a la solicitud, constan sendas copias de los pronunciamientos judiciales habidos en el proceso de incapacidad del ahora reclamante.

SEGUNDO.- Según el interesado, formuló reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio para el que trabajaba, siendo desestimada por resolución de 29 de mayo de 2006, notificada el 7 de junio, al considerar extemporánea la petición, en la medida en que había transcurrido un año desde el informe-propuesta del EVI. Asimismo, la resolución apuntaba la posible responsabilidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Dicha resolución desestimatoria fue impugnada ante la Audiencia Nacional, encontrándose el procedimiento en fase de formulación de conclusiones por la demandada.

No consta en el expediente copia de las actuaciones seguidas ante el Ministerio ni de la demanda contenciosa.

TERCERO.- Para el reclamante, la sentencia de 4 de mayo de 2006 determina que, hasta ese momento, *“no fue definitiva y firme la declaración de Incapacidad Permanente Absoluta del reclamante y, por ende, aún en el peor de los casos, hasta esa fecha no pueda empezar a correr el plazo de prescripción”*.

CUARTO.- Con fecha 20 de junio de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua propone la inadmisión de la solicitud de indemnización, al considerar prescrito el plazo para reclamar.

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

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Admi-

nistración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación activa y pasiva.

1. La reclamación ha sido interpuesta por quien sufre los daños que parece querer imputar a la Administración regional, lo que le confiere legitimación activa para solicitar su indemnización en virtud de lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Menos evidente resulta, sin embargo, la legitimación pasiva de la Administración regional. De hecho, el propio reclamante considera responsable al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, para el que trabajaba cuando se produce el contagio de la enfermedad, sin que llegue a intentar probar siquiera en qué medida y con qué fundamento correspondería a la Comunidad Autónoma tal condición. Sólo menciona en su reclamación que la resolución desestimatoria de la solicitud planteada ante el Ministerio, que no ha sido traída a este procedimiento, alude a una posible responsabilidad de esta Comunidad Autónoma.

Con tan inespecífica alegación no puede considerarse probada no ya la existencia de un vínculo causal entre el daño padecido por el interesado y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, sino ni tan siquiera la titularidad autonómica del servicio en cuyo desempeño se produce el contagio de la enfermedad, pues la reclamación calla acerca del título de imputación de los daños a la Comunidad Autónoma.

En este sentido, afirma el reclamante su condición de funcionario interino del Cuerpo Nacional de Veterinarios, adscrito al Servicio de Intervención Rápida (SIR) del Sistema de Alerta Sanitaria Veterinaria. De conformidad con el artículo 6 del Real Decreto 1440/2001, de 21 de diciembre, que establece el referido sistema, el SIR está adscrito a la Dirección General de Ganadería del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y constituido por personal adscrito a dicho centro directivo. Es cierto que, en ocasiones, el SIR puede actuar bajo las órdenes e instrucciones de las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, cuando éstas lo soliciten, como prevé el artículo 6.1, letra b) del referido reglamento; pero en el expediente nada consta que permita entender que el contagio se produjo, precisamente, en el ejercicio de tareas ordenadas por la Administración regional y no en el desarrollo de otras labores previstas en el mismo precepto reglamentario, respecto de las cuales no cabría predicar dependencia alguna del personal del SIR con las Comunidades Autónomas.

Del mismo modo, el actor afirma que en el desarrollo de su trabajo se omitieron medidas exigidas por la normativa reguladora de la prevención de riesgos laborales, pero tampoco señala a la Comunidad Autónoma como Administración obligada a proveerlas.

Corolario de lo expuesto es que no se ha probado, ni tan siquiera alegado, que los daños se produjeran como consecuencia del desempeño de funciones públicas para la Administración regional o bajo su dependencia, siquiera sea funcional, de donde se deduce la falta de legitimación pasiva de aquélla.

TERCERA.- Sobre la propuesta de inadmisión a trámite.

Atendida la propuesta de inadmisión que culmina las actuaciones sometidas a consulta, debe recordarse la doctrina de este Consejo Jurídico acerca de tales pronunciamientos, plasmada en Dictámenes como el 112/2004.

Con el fin de evitar la tramitación de procedimientos inútiles que carecen de razón de ser, las normas reguladoras de determinados procesos prevén un trámite de admisión, que permite declarar *a limine* la inadmisibilidad de reclamaciones, recursos o demandas que adolezcan de defectos procedimentales insubsanables. Ahora bien, el criterio antiformalista vigente en todo tipo de procedimientos, tendente a asegurar la aplicación del principio *pro actione* de forma que siempre quede garantizada la mayor viabilidad de la pretensión deducida, en orden a obtener una resolución que aborde todas las cuestiones planteadas, lleva a una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad, de modo que sólo es posible admitirla en aquellos supuestos para los que venga expresamente prevista, y previo cumplimiento del procedimiento establecido al efecto.

Pues bien, tal como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen número 4812/1999, la distinción entre la inadmisión y la desestimación tiene carácter procesal y sólo cobra sentido en aquellos procedimientos que constan de dos fases, una orientada a comprobar la concurrencia de los requisitos formales de la reclamación, y otra, encaminada a resolver sobre el fondo. Por ello afirma el alto órgano consultivo que *“dirigida una reclamación a la Administración en solicitud de indemnización por perjuicios derivados de una actuación administrativa, la comprobación de que no se ha presentado en tiempo hábil o de que no concurren las condiciones legales precisas para que el Estado indemnice no puede concretarse en una declaración administrativa de inadmisibilidad sino en un pronunciamiento desestimatorio”*.

En efecto, en el ámbito de los procedimientos establecidos para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la LPAC nada prevé sobre la existencia de un trámite de admisión; en tanto que el RRP sólo contiene una expresión ambigua en la que poder sustentar tal posibilidad reflejada en la dicción de su artículo 6.2, en la que la impulsión del procedimiento en todos sus trámites aparece condicionada al hecho de que la reclamación haya sido admitida por el órgano competente, lo que permitiría, *sensu contrario*, colegir la posibilidad de inadmisión. Sin embargo, ese criterio *pro actione* al que hacíamos referencia al principio de la presente Consideración nos lleva a una aplicación muy restrictiva de tal posibilidad, que debe quedar ceñida a hipótesis de reclamaciones no ajustadas a los términos del artículo 70 LPAC y del propio artículo 6 del Reglamento, es decir, reclamaciones defectuosas en su planteamiento, que impidan la continuación del procedimiento de no ser debidamente subsanados los requisitos omitidos, e incluso en estos supuestos resulta procedimentalmente más correcto actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de dicho texto legal.

También podría pensarse que una interpretación más amplia del citado artículo 6.2 pudiera llevar a la inadmisión de pretensiones temerarias o descabelladas, pero, aun así, habría que tener en cuenta lo previsto en el artículo 89.4 LPAC que permite a la Administración resolver *“la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución”*, precepto que se encuentra ubicado en la regulación del contenido del acto terminal del procedimiento cual es la resolución, cuya culminación presupone el agotamiento de las fases previas incluida la de instrucción.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que la inadmisión, sin entrar en el fondo del asunto, de una reclamación por presunta responsabilidad patrimonial de una Administración pública, teniendo en cuenta la amplia casuística que presentan estos procedimientos en los que los perfiles de dicha responsabilidad resultan no pocas veces discutibles, ha de constituir una posibilidad muy restringida, de modo que en ningún caso se prejuzguen los elementos de juicio que puedan aportarse en el procedimiento.

En consecuencia, en el supuesto sometido a consulta deviene improcedente declarar la inadmisión a trámite de la reclamación con base en la prescripción del derecho a reclamar del interesado, como propone la Consejería consultante.

No obstante, procede atender ahora a la incidencia que, sobre la actual reclamación, ha de tener la pendencia ante la Audiencia Nacional del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado frente a la Orden ministerial que desestima su inicial pretensión indemnizatoria, situación que le lleva a reclamar frente a la Administración regional con carácter “*exclusivamente cautelar*”.

Carece el expediente de información alguna acerca de los términos en que el actor formula su demanda contenciosa, desconociéndose si, atendida la insinuación contenida en la Orden recurrida acerca de una eventual responsabilidad de nuestra Comunidad Autónoma, ésta ha sido codemandada en el procedimiento que actualmente se sigue en la Audiencia Nacional, lo que determinaría una evidente litispendencia.

En cualquier caso, conforme a la información suministrada por el propio interesado en su escrito, al parecer, la *quaestio litis* no es otra que la determinación de si el derecho a reclamar del interesado ha fenecido por prescripción. De ser así, la perención del derecho operaría tanto ante la Administración del Estado como ante la de la Comunidad Autónoma, porque los hechos, fundamentos y daños que motivan la reclamación ante ambas instancias serían idénticos.

En esta situación, en que la viabilidad de la pretensión indemnizatoria aparece indisolublemente unida a la previa declaración judicial de la vigencia del derecho a reclamar, una vez que éste ha sido declarado prescrito por la Administración a la que el interesado imputa el daño, la formulación de la reclamación con carácter cautelar carece manifiestamente de sentido, toda vez que su anticipación en el tiempo la deja sin fundamento, posibilitando su inadmisión, sin perjuicio de la posibilidad del interesado de volver a presentar su reclamación, una vez haya recaído sentencia.

De igual forma, el mismo razonamiento que motiva la procedencia de la inadmisión a trámite de la solicitud, cual es que la determinación de si el derecho a reclamar sigue vivo o ha prescrito se encuentra *sub iudice*, aconsejan que tanto este Dictamen como la propuesta de resolución sometida a consulta guarden silencio acerca de dicha cuestión.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución que inadmite la reclamación, si bien de conformidad con lo expuesto en las Consideraciones Segunda y Tercera de este Dictamen, debe modificarse el fundamento de dicha inadmisión.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 133/07.- Responsabilidad patrimonial instada por A., S.L., como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad.

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

Fecha: 01/10/07

Extracto de Doctrina

La prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de ésta de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2003, D. P. L. M., en su condición de Administrador Único de la mercantil A., S.L., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos en la finca perteneciente a la Hacienda “G.” (t.m. de Alhama de Murcia), propiedad de la mercantil, que linda, por el levante, con la carretera MU-603 El Palmar-Mazarrón (km.X) y, por el norte, con la carretera Y10 Alhama-La Costera, (km.X), que atribuye a la actuación de los empleados de carreteras en la labor de eliminar las hierbas que se encuentran en los márgenes de las citadas vías.

Según manifiesta la parte reclamante, los hechos se produjeron a finales de marzo o principios de abril de 2003 cuando *“los empleados de carreteras arrojan herbicida de manera indiscriminada en los márgenes de la carretera que, con el efecto de la brisa, lo llevaba mucho más lejos del sitio (hasta los parrales de la finca) donde se aplica directamente el vertido de herbicida”*. Afirma que *“ante la abundancia del chorro, el encargado les avisa voz en grito que tengan cuidado que van a quemar todos los parrales, respondiendo los empleados que no se preocupara que no pasaba nada”*.

Señala que los vertidos han afectado a los parrales debido al efecto remolino del viento, que sube y traslada el herbicida penetrando en los mismos, a pesar de la malla-mosquitera de polietileno que los cubre, y que días más tarde ya se podía comprobar, sin género de dudas, el efecto de los herbicidas, por lo que avisó a la Dirección General de Carreteras para que inspeccionase los daños producidos en los cultivos.

Solicita una indemnización de 38.810,47 euros, aportando un informe pericial realizado por un ingeniero técnico agrícola, y la fotocopia de la escritura de constitución de A., S.L. (en lo sucesivo la mercantil reclamante), así como propone la práctica de diversas pruebas, entre ellas la testifical del encargado de la finca, y que se solicite informe a la Dirección General de Carreteras sobre los hechos en cuestión, y para que compruebe la realidad de los daños ocasionados, y su posible valoración, antes de la total recogida de la cosecha durante el mes de agosto.

SEGUNDO.- El 23 de octubre siguiente, el órgano instructor notifica al reclamante el plazo máximo para dictar la resolución del procedimiento, y el efecto desestimatorio que pudiera producir el silencio administrativo, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC). Al mismo tiempo se le requiere para que subsane y mejore la solicitud, mediante la aportación de copias compulsadas del documento nacional de identidad del firmante, y número de identificación fiscal de la sociedad limitada, así como de la escritura de constitución; también se le demanda una declaración expresa de que no ha recibido indemnización por parte de cualquier entidad, y de que no existen pendientes otras reclamaciones penales, civiles o administrativas por estos mismos hechos. Finalmente se le recaba la justificación documental de la cuantía indemnizatoria sobre la producción normal de la finca, mediante facturación, documentación fiscal o declaración ante los órganos competentes en materia de agricultura.

TERCERO.- Tras recabar el informe de la Dirección General de Carreteras, el instructor solicita de la Gerencia Territorial del Catastro de Murcia certificación y plano parcelario de la finca en cuestión, así como recaba de la Consejería de Agricultura y Agua un informe técnico sobre la realidad de los daños alegados, y otras cuestiones en relación con los hechos que motivan la reclamación, sobre todo la relación de causalidad entre los trabajos de eliminación de hierbas de la carretera con agentes químicos, y las pérdidas de las cosechas aludidas.

CUARTO.- En respuesta al requerimiento efectuado, D. J. P. L. M. presenta escrito el 5 de noviembre de 2003, acompañando la documentación que obra en el expediente (Documento núm. 6, folios 63 a 264 inclusive) y, respecto a la acreditación de la producción normal de la cosecha, alega que resulta una indemnización superior a la que pedía en su escrito inicial (45.412 euros), tras llevar a cabo un nuevo cálculo del lucro cesante, en base a la pérdida de producción propia, en comparación con la cosecha del año 2002.

QUINTO.- El 18 de noviembre de 2003, la Vicesecretaria de la Consejería de Agricultura y Agua remite informe técnico de la Oficina Comarcal Agraria del Bajo Guadalentín (Alhama de Murcia), en lo sucesivo Oficina Comarcal Agraria, en el que se relata la visita realizada por técnicos de la misma a la finca el 6 de noviembre de 2003. En el informe se hace una descripción de la superficie plantada de parral (aproximadamente 14 Has), distinguiendo cuatro zonas afectadas que suman en total 13.000 m², y en la que existen plantadas 869 parras adultas. Se indica que en las citadas zonas *“al día de hoy se puede apreciar una defoliación prematura, así como un deficiente agostamiento o lignificación de sarmientos (madera). Estas afecciones son más acusadas en el borde de las carreteras citadas, desapareciendo gradualmente hacia el interior de la parcela, haciéndolo completamente en la segunda fila en los tramos EI y EII. En la tercera fila del tramo EIII. Y en la onceava fila de la zona Norte”*... Añade que la cosecha no se encuentra presente, ya que debió de realizarse por los meses de julio o agosto, no siendo posible por tanto valoración alguna, aunque sí realiza dos consideraciones:

“a) La producción total de parra, relacionada ésta con la superficie ocupada, expresada en la valoración pericial aportada por el solicitante, está dentro de los márgenes razonables de la zona. El precio propuesto está dentro de la horquilla en la que han oscilado los precios durante esta campaña.

b) Después de someter una plantación de parral de Superior Seedles a un tratamiento con herbicidas de traslocación, antes del cuajado de frutos, incluso a distinto grado de intensidad, está dentro de lo posible la depreciación parcial, o incluso total, de la cosecha de uva de mesa para su comercialización en fresco.”

Además alcanza las siguientes conclusiones:

1ª. La valoración de pérdidas no es posible al día de hoy, como ya se desprende del punto anterior. En cuanto a la recuperación de la posible afección en la vegetación es prácticamente imposible cuantificar, ya que no se conocerá la brotación y fructificación hasta el próximo año 2004.

2ª. Los síntomas observados en la zona afectada de la parcela son coincidentes con los que pueden producir los herbicidas de traslocación, aunque tampoco podemos afirmar taxativamente que se haya aplicado herbicida de algún tipo concreto en la citada plantación”.

SEXTO.- Con fecha de 22 de diciembre de 2003 se recibe contestación de la Gerencia Territorial del Catastro, denegando la información solicitada, por no existir en su base de datos finca rústica en Alhama de Murcia a nombre de la mercantil A., S.L.

SÉPTIMO.- Tras cinco requerimientos para que emitiera el informe preceptivo la Dirección General de Carreteras, el 13 de abril de 2005 se emite por el Ingeniero Director de las obras, con el siguiente contenido:

- A) Que efectivamente el equipo de fumigación del cual está al frente B. L. R. trabajó en la carretera E-10, en las proximidades del cruce con la MU-603, los días 2 al 4 de abril de 2003.*
- B) Que normalmente, al emplear los herbicidas para la limpieza en cunetas de hierbas y matorral, suelen extenderlos sin elevar la lanzadera de la cisterna de riego, de manera que el herbicida se aplica directamente sobre la hierba a ras del suelo.*
- C) Que de ordinario en los numerosos años en que dicho equipo viene actuando en las diversas carreteras de los sectores Alcantarilla- Caravaca, paralizan el trabajo cuando hay viento, a fin de evitar perjuicio alguno en los árboles de todo tipo de propiedad privada, colindantes con la carretera.*
- D) Que de hecho el día 3 de abril de 2003, al levantarse aire que impedía fumigar adecuadamente, se suspendió la operación.*
- E) Que, según testimonio del citado Jefe de Equipo, los días 2 y 4 que se actuó en las carreteras E-10 y MU-603 se hizo correctamente, siendo infundado el que se afirme por el reclamante la afección de parrales próximos a la carretera, incluso estando protegidos por aspilleras.*
- F) Se observa del informe técnico de la Consejería de Agricultura y Agua que en su apartado D) no afirma taxativamente que se haya empleado herbicida de algún tipo concreto.*
- G) Ante todo ello, sin entrar en la valoración de los daños reclamados, por no ser experto en dicha materia, consideramos que no debe descartarse que los parrales afectados lo hayan sido por otros motivos de carácter fitosanitario, ya que incluso habiéndose podido originar una ráfaga puntual de viento al estar fumigando en la*

margen contraria de la carretera E-10, no hubiese penetrado tan profundamente en la finca del reclamante, ni afectar a tanto número de parrales, cuando a su vez estaban protegidos.”

OCTAVO.- El 10 de octubre de 2005, el reclamante presenta escrito solicitando que se resuelva expresamente la reclamación, y que se identifique al funcionario responsable de la tramitación para que emita informe sobre las causas de la paralización del procedimiento.

NOVENO.- El 30 de marzo de 2006 (registro de salida) se notifica al representante que ha sido admitida la prueba testifical, y se procede a su práctica, solicitándole el pliego de preguntas a formular al testigo Don F. L. F., encargado de la finca objeto de la reclamación cuando ocurrieron los hechos. También se solicita por la instructora que se acredite, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, si se ha recuperado o no la vegetación ya que, según el informe técnico de la Oficina Comarcal Agraria, no se podría conocer tal dato hasta el año 2004. El 3 de mayo siguiente se practica la citada prueba testifical, en la que el testigo reconoce que en el momento de los hechos era trabajador de la mercantil reclamante, contestando a las preguntas y repreguntas en el sentido que figura en el acta obrante en el expediente (Documento núm. 17, folios 296 a 298).

Posteriormente se extiende diligencia para hacer constar que se presentan originales de las facturas de venta y compra de uva correspondientes a los años 2002 y 2003, aportados al expediente con anterioridad, que se compulsan en el mismo acto por la instructora del procedimiento.

DÉCIMO.- El 3 de mayo de 2006 se presenta en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes una ampliación del informe pericial aportado por la parte reclamante, de 28 de abril de 2006, indicando que la evolución de las parras ha sido peor de lo esperado, y que muchas de ellas no se recuperaron como se preveía, si bien la parte que se ha podido recuperar tiene buen estado.

UNDÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, D. J. P. L. M. presenta escrito de alegaciones, en el que reitera que la causa de los daños a las parras cultivadas en la finca fue el vertido de herbicidas, de manera indiscriminada, en los márgenes de la calzada, desde lo alto del camión-cisterna por parte de los empleados de carreteras, como reconoce el testigo propuesto, y también el informe de la Oficina Comarcal Agraria, que considera probable y dentro de los límites de la lógica la reclamación formulada, considerando a dicho informe bastante objetivo, aunque no se pronuncie taxativamente sobre hechos que no puede constatar. Paralelamente cuestiona el informe de la Dirección General de Carreteras, que se emite casi dos años después de presentar la reclamación, pese a que se había solicitado antes de la recogida de la cosecha en el año 2003; frente a la afirmación de que los daños pueden tener su origen en otros motivos fitosanitarios, porque afectan a un gran número de parrales y alguno de ellos estaban cubiertos, manifiesta que está suficientemente explicado que, cuando se aplica el herbicida con ráfagas de viento, el efecto remolino sube y traslada el herbicida penetrando en los parrales, a pesar de la malla mosquitera de polietileno que cubre alguno de ellos. Por último, respecto a la cuantía indemnizatoria se remite a las valoraciones aportadas en el expediente.

DUODÉCIMO.- El 10 de enero de 2007 se procede por la instructora a la apertura de un período extraordinario de prueba con el fin de que se acredite por la mercantil reclamante la propiedad de la finca en cuestión, a efectos de verificar su legitimación, siendo cumpli-

mentado el 2 de febrero de 2007 mediante copia compulsada de la escritura de constitución de la mercantil, ya que la finca fue aportada como parte del capital social.

DECIMOTERCERO.- La propuesta de resolución, de 9 de marzo de 2007, tras examinar los distintos informes obrantes en el expediente, y los aspectos no probados de la reclamación presentada, alcanza la conclusión de estimar parcialmente la misma, admitiendo la posibilidad de que realmente se hubiera afectado un cierto número de parrales, como consecuencia del vertido de herbicidas por parte de la Consejería, si bien a los más próximos a la carretera, y no respecto a los restantes. Por ello sostiene que la extensión de la superficie dañada y cuantía reclamada supondría un enriquecimiento injusto para la mercantil reclamante. Finalmente, y ante la imposibilidad de saber exactamente hasta qué punto penetró el herbicida en la finca y a cuántos parrales afectó, considera conveniente distribuir la responsabilidad de los daños por partes iguales, estimando concurrencia de culpas, y reduciendo la indemnización a la mitad de lo solicitado (22.706 euros).

DECIMOCUARTO.- Con fecha 20 de marzo de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC. La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos, habiéndose acreditado, mediante la escritura de constitución de la mercantil A., S.L, otorgada el 3 de febrero de 1997, que la finca afectada forma parte de su capital social, según aportaciones de sus socios D. J. P. L. M. y de su esposa D. A. G. R., a los que pertenecía en régimen de gananciales, según describe la citada escritura. Como documentación adicional también obra la copia del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio 2002, y las facturas de venta de uva correspondientes a los años 2002 y 2003. Dicha legitimación de la mercantil no es cuestionable, como así lo ha entendido la instructora, por la circunstancia de que no figure la finca, a su nombre, en la Gerencia Territorial del Catastro (Doc. núm. 8), pues bastaría con recabar, de oficio, la información de si se encuentra inscrita a nombre de los socios citados, o solicitar nota simple del Registro de la Propiedad. En cuanto a la representación de la mercantil reclamante, D. J. P. L. M. ostenta la condición de Administrador Único, al que se le encomienda la gestión y representación de la sociedad.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en cuanto titular de las carreteras E-10 y MU-603, según el artículo 3 y Anexo de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, habiendo reconocido el informe de la Dirección General de Carreteras de 13 de abril de 2005, que su equipo de fumigación trabajó en la carretera E-10, en las proximidades del cruce con la MU-603, los días 2 y 4 de abril de 2003, coincidente con la época en la que el reclamante sitúa los hechos que motivan la presente reclamación (principios de abril).

Por último, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde que se manifestaron los daños, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Procedimiento.

Si bien cabe afirmar que el procedimiento de responsabilidad patrimonial ha seguido los trámites establecidos por sus normas reguladoras (artículos 6 y ss. RRP), sin que se adviertan omisiones esenciales, sin embargo sí cabe poner de manifiesto ciertas irregularidades que, sin tener entidad suficiente para anular el procedimiento, deben ser objeto de consideración por la Consejería consultante:

1». La excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, como ha puesto de manifiesto el reclamante, habiéndose superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13.3 RRP, teniendo en cuenta que cuando se recabó el Dictamen del Consejo Jurídico habían transcurrido más de tres años y medio desde que se inició el procedimiento, en contra de los principios de impulso de oficio, celeridad, agilidad, eficacia y eficiencia que han de inspirar –incluso por mandato constitucional en el caso de los dos enunciados en último lugar– el proceder de la Administración y de sus agentes. A ello ha contribuido decisivamente la tardanza en la emisión del informe técnico por parte de la Dirección General de Carreteras, requerido en cinco ocasiones por el órgano instructor, reproduciendo en este punto nuestra doctrina, expresada, entre otros, en el Dictamen núm. 77/2007, sobre la incidencia en la tramitación de la petición de informes que sean preceptivos y determinantes, y la continuación del procedimiento por parte del órgano instructor, en su defecto.

La anterior observación debería servir para revisar las pautas de funcionamiento en los expedientes de responsabilidad patrimonial, de manera que permita al administrado una pronta respuesta a sus reclamaciones, más perceptible aún en el presente caso si tenemos en cuenta que el interesado solicitó, el 31 de julio de 2003, que se realizara una visita de inspección por parte de los servicios técnicos de la Consejería, a efectos de evaluar los daños producidos por la actuación del equipo de fumigación, antes de la total recogida de la cosecha, indicando cuándo se produciría (durante el mes de agosto); en este sentido reconoce la propuesta de resolución, de 9 de marzo de 2007, que ahora es imposible saber exactamente “hasta qué punto penetró el herbicida en la finca y a cuantos parrales afectó”, atribuible, en parte, al retraso en la actuación de la Administración.

2ª. A lo largo del procedimiento se ha variado de instructor, sin que conste en el expediente ni la inicial atribución de tal condición, ni su posterior modificación, lo que podría ser contrario al derecho reconocido por el artículo 35, letra b) LPAC, que otorga al ciudadano el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

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

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de ésta de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

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

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

Específicamente en materia de carreteras, corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según establece el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por RD. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley regional 9/1990, ya citada, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende: las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a la señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público y protección.

En cuanto al primero de los requisitos citados, la mercantil reclamante ha acreditado la realidad de un daño en la finca de su propiedad, cultivada de parral de variedad superior seedles, mediante la aportación de un informe pericial realizado el 1 de julio de 2003, acompañado de fotografías (no muy visibles en la copia remitida al Consejo Jurídico), así como a través del informe de 7 de noviembre de 2003, emitido por la Oficina Comarcal Agraria, a petición del órgano instructor. Otro aspecto diferente, que se analizará con posterioridad, es la extensión y cuantificación del daño.

Según la interesada, también concurre el segundo de los requisitos precitados, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, al consi-

derar que no existe duda de que éstos se produjeron a causa de los tratamientos herbicidas realizados en los márgenes de las carreteras, lo que justifica a través del informe del Ingeniero Técnico Agrícola, emitido el 1 de julio de 2003, antes de la recogida de la cosecha:

“Estos tratamientos han afectado a las parras, las cuales han desnaturalizado el crecimiento en los pámpanos (hojas) deformándose y tomando un aspecto más alargado y palmoide en lugar de crecer de forma más redondeada, también ha afectado a los nervios del pámpano los cuales se han decolorado tomando aspectos propios de clorosis, o sea falta de elementos nutritivos, todo ello provocado por los desarreglos fisiológicos que le han provocado las sustancias activas del herbicida o herbicidas.

El crecimiento natural de los sarmientos ha sufrido un retraso, constatándose paradas, propio de la actividad de los herbicidas.

Las bayas de los racimos han sufrido irregularidades en el crecimiento, quedando algunas con el aspecto de falta de cuaje, o sea que no ha prosperado en el crecimiento y normal desarrollo de las mismas, quedando los racimos irregulares y por tanto inservibles para su comercialización”.

De otra parte la Dirección General de Carreteras admite que se realizaron operaciones de vertido de herbicidas en la zona en cuestión (los días 2 y 4 de abril de 2003) para la limpieza de hierbas y matorrales en las cunetas, si bien suspendió la operación el día 3 de abril, al levantarse aire que impedía fumigar adecuadamente, sin que este dato haya sido cuestionado por el testigo (encargado de la finca en aquel momento) que afirma, ante una pregueta de la instructora, que “no lo sabe”, en referencia al día en que se suspendieron las labores (folio 297). También, frente a lo argumentado por el reclamante acerca de que el encargado de la finca observó a los empleados desde lo alto del camión-cisterna arrojando herbicida, de manera indiscriminada en los márgenes de la carretera, haciéndoles la advertencia de que llevaran cuidado, sostiene que aquél suele aplicarse sin elevar la lanzadera de la cisterna de riego, de manera que el herbicida se aplica directamente sobre la hierba, a ras de suelo. Este punto es un aspecto controvertido, que no despeja la declaración testifical, ya que se limita a contestar que “lo iban arrojando desde la cabina pero no sé a la altura a la que llevaban la lanza” (folio 296). En todo caso, estas últimas consideraciones no excluirían la imputabilidad a la Administración de determinados daños, aun en la hipótesis de que se hubieran realizado correctamente las labores de fumigación, si bien si habrían de ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el daño, en relación con la superficie afectada.

El Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la reclamante ha probado la verosimilitud del nexo causal entre los trabajos realizados y los daños acaecidos, siendo a este respecto determinante el informe técnico de la Oficina Comarcal Agraria, realizado el 7 de noviembre de 2003, tras una visita a la finca objeto de reclamación, que sostiene, entre sus conclusiones, que los síntomas observados en la zona afectada de la parcela son coincidentes con los que pueden producir los herbicidas de traslocación, habiendo observado que las afecciones son más acusadas en el borde las carreteras citadas, desapareciendo gradualmente hacia el interior de la parcela, y que está dentro de lo posible la depreciación parcial, o incluso total, de la cosecha de uva de mesa para su comercialización, después de someter una plantación de parral de superior seedles a un tratamiento con herbicidas de traslocación, antes del cuajado de frutos (folio 268).

Por el contrario, no se encuentran probadas las afirmaciones contenidas en dicha propuesta de resolución sobre la concurrencia de causas en la producción del daño, imputables

a la mercantil reclamante, sobre la base de la manifestación, sin mayor concreción, del técnico de la Dirección General de Carreteras acerca de que no debe descartarse que los parrales afectados lo hayan sido por otros motivos de carácter fitosanitario; tampoco de la observación contenida en el informe técnico de la Oficina Comarcal Agraria citada acerca de que no se puede afirmar taxativamente que se haya aplicado herbicida de algún tipo concreto en la citada plantación, si se tiene en cuenta que cuando se visitó la finca (el 6 de noviembre de 2003) habían transcurrido 7 meses desde la actuación, y se había recogido la cosecha, como reconoce el propio informe. En consecuencia, en base al principio de distribución de la carga de la prueba (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999), la Administración debería haber probado la concurrencia de causas atribuibles a la mercantil reclamante, labor que hubiera sido facilitada si se hubieran valorado los daños cuando se solicitó por el interesado, antes de la recogida de la cosecha; incluso, con fundamento en el principio de facilidad probatoria (artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), podría haberse recabado el parecer de los funcionarios que se personaron en la finca, tras la llamada del representante de la mercantil, y que aconsejaron, según indica, el presente procedimiento para la reclamación de daños. De forma reiterada el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 21 de marzo de 2007) ha señalado que cuando se alega culpa del perjudicado la carga de la prueba pesa sobre la Administración.

Lo anteriormente expuesto no impide que el Consejo Jurídico tenga en cuenta la consideración realizada por el técnico de la Dirección General de Carreteras (folio 274): *“ya que incluso habiéndose podido originar una ráfaga puntual de viento al estar fumigando en la margen contraria de la carretera E-10, ni hubiese penetrado tan profundamente en la finca del reclamante, ni afectar a tanto número de parrales, cuando a su vez estaban protegidos”*; aunque ello no conduzca a afirmar la concurrencia de causas como propone la instructora, sino más bien a cuantificar el daño en relación con la superficie afectada.

Además, concurre el tercero de los requisitos citados, la antijuricidad del daño (artículo 141.1 LPAC), que el particular no está obligado a soportar, de acuerdo con la ley, ya que si bien incumbe a la Administración el deber de mantener las carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, y ello se lleva a cabo, entre otras, a través de la limpieza de las cunetas de matorrales, esta actuación ha de llevarse a cabo sin afectar a las propiedades colindantes, como recoge la propuesta de resolución o, al menos, si se producen daños colaterales deben ser resarcidos a través del instituto de la responsabilidad patrimonial.

QUINTA.- La cuantía del daño.

La mayor dificultad que suscita el presente expediente, por el tiempo transcurrido desde que se produjo la actuación de los servicios públicos a los que se imputa el daño, es la determinación de ciertos presupuestos de la cuantía indemnizatoria, como es la superficie de la finca realmente afectada por la fumigación, y el lucro cesante reclamado, es decir, la determinación de las ganancias dejadas de percibir pues, como sostiene la instructora en la propuesta de resolución, *“el mismo sentido común debe hacernos reflexionar sobre cómo y de qué manera puede afectar la cantidad de herbicida aplicado para matar las malas hierbas de la cuneta a casi todas las plantas existentes en una parcela de 13.040 metros cuadrados”*, que coincide con la zona afectada, según los informes a los que posteriormente nos referiremos (869 parras).

A lo anterior hay que añadir que la reclamante actuó diligentemente preconstituyendo prueba para fundar su pretensión indemnizatoria (informe pericial), respecto a las pérdidas

de uva sufridas de manera próxima a cuando ocurrieron los hechos, y que el informe técnico de la Oficina Comarcal Agraria, evacuado a instancia del órgano instructor, pero varios meses después, si bien manifiesta que no es posible valoración alguna, dado que la cosecha ya no se encuentra presente, sin embargo sí reconoce cuatro zonas afectadas, y considera, respecto a la producción total por parra y al precio propuesto en el informe del perito de la parte, que *“está dentro de los márgenes razonables de la zona”*.

También conviene recordar el criterio mantenido por el Consejo Jurídico respecto al lucro cesante, recogido, entre otros, en nuestro Dictamen núm. 1/2001: *“Para su determinación, ha tenido en cuenta, además del principio de la carga de prueba, la jurisprudencia recaída sobre el lucro cesante que viene a sentar básicamente dos criterios: el primero, que excluye las meras expectativas o ganancias dudosas, de manera que no computan las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, exigiéndose, además, una prueba rigurosa; y, el segundo, que no ha de producir un enriquecimiento injusto (STS, Sala 3ª, de 10 de febrero de 1998)”*.

Sentadas tales premisas, veamos las partidas y cuantía solicitada por la parte reclamante, y la propuesta elevada al Consejo Jurídico.

La reclamante solicita en su escrito inicial 38.810,47 euros, basándose en el informe pericial, correspondiendo 28.894,25 euros al lucro cesante, es decir, a la pérdida de la cosecha de las parras afectadas, y 9.616,22 euros a los gastos de recuperación de las mismas, a lo que añade 300 euros, en concepto de gastos de peritación.

Con posterioridad la mercantil, en su escrito de subsanación de deficiencias de 5 de noviembre de 2003, presentado a requerimiento del órgano instructor para que documente la producción normal de cosecha, incrementa el montante económico por la pérdida originada por la menor producción a 35.795,78 euros (41.623 kg., por 0,86 euros), manteniendo 9.616,22 euros por los gastos de recuperación de las parras, (45.412 euros en total); aporta al procedimiento documentos como el Impuesto de Sociedades correspondiente al año 2002, balances de cuentas anuales, y facturas de compras y ventas de uva correspondientes a los ejercicios 2002 y 2003. Justifica este incremento de la cuantía en la documentación aportada y en el siguiente razonamiento:

“A., S.L., ha producido en el 2003 uva propia en 41.623 kg. menos que con respecto al ejercicio 2002 (384.588-342.965). El descenso en la producción propia, causado por el vertido de herbicidas en los parrales, ha supuesto que A., S.L. haya tenido que incrementar sus compras de uva a terceros para poder atender la demanda de sus clientes pertenecientes en su mayoría al mercado intracomunitario. Teniendo en cuenta que el precio medio venta de uva a los clientes ha sido para el ejercicio 2003 de 0,86 Euros, la pérdida originada por la menor producción ha sido de 35.795,78 euros. (41.623 kg. x 0,86 Euros) (...) Que al lucro cesante calculado según la documentación aportada a requerimiento de esa Consejería, habría que sumarle los gastos de recuperación de las parras que asciende a 9.612,22 euros, lo que arrojaría una indemnización de 45.412 euros cantidad superior a la señalada con la sola aportación del informe pericial”.

En el escrito de alegaciones, presentado el 23 de mayo de 2006 al trámite de audiencia otorgado, se ratifican los argumentos sobre el incremento de la cuantía indemnizatoria.

Partiendo de la última cantidad solicitada por la reclamante (45.412 euros), la propuesta de resolución estima la mitad (22.706 euros) como cuantía indemnizatoria, en base a la concurrencia de causas ya indicadas. El razonamiento que la sustenta es el siguiente:

“En el presente caso y a juicio de este órgano instructor, el lucro cesante y los gastos de recuperación de la vegetación están plenamente justificados en cuanto a su cuantía, sin embargo no procede estimar totalmente la reclamación interpuesta en aras del sentido común, y en virtud del principio del enriquecimiento injusto. La cantidad solicitada por lucro cesante corresponde a las compras de uva que ha tenido que realizar la mercantil para compensar la producción perdida, y las necesidades de tratamiento para recuperación de las parras han sido también consensuadas por el perito de parte y los expertos de la administración. No estimamos procedente el abono de la cuantía total solicitada porque no creemos que haya sido probada totalmente la responsabilidad de la Administración en la producción de la totalidad de los daños ocasionados.

La cantidad de herbicida que pudo ser aplicado para eliminar los matorrales de la cuneta, en ningún caso puede haber ocasionado perjuicios a tal cantidad de plantas y en una extensión tan grande, ni siquiera dando por supuesto que se fumigara un día con viento (extremo negado por otra parte por la Dirección General de Carreteras, que afirma que la operación se suspendió)”.

Sin embargo, esta propuesta del órgano instructor reduciendo la cuantía propuesta a la mitad, acertada en cuanto a la desproporción entre la actuación y el daño reclamado, pese a que la finca colinde con ambas carreteras en una gran extensión, adolece de la necesaria motivación técnica, en tanto ya se ha indicado la falta de prueba de la imputación de parte del daño a la mercantil reclamante, sin que, por lo demás, haya cuestionado las partidas que integran el montante indemnizatorio.

En consecuencia, el Consejo Jurídico va a entrar a su consideración sobre la base de la documentación presentada por la reclamante:

1) Superficie afectada.

Si bien el perito de la parte no concreta la superficie de la finca afectada por la fumigación, sino el número de parras (869), el informe técnico de la Oficina Comarcal Agraria sí especifica los tramos de la finca donde observa afecciones, que lindan de forma extensa con ambas carreteras, conforme al plano que adjunta (folios 267 y ss):

– En relación con la carretera MU-603, distingue tres tramos en la finca paralelos a la carretera; en los dos primeros tramos, habría afectado a las primeras fila de parral, y en el tercer tramo a las dos primeras filas, es decir, a un total de 73 parras, respecto a lo que no se encuentra tanta desproporción, si se tiene en cuenta, además, que se encuentran separados de la carretera por una franja de 10 m.

– Sin embargo, es en la franja cultivada de parral en la zona norte, paralela a la carretera Y10 en 400 metros, donde se plantean serias dudas de que el herbicida pudiera penetrar hasta la fila 10 (un total de 796 parras); pese a ello, la instructora no ha discutido este extremo, quedando una serie de interrogantes en el expediente sin aclarar: ¿Qué distancia existe entre la cuneta de la carretera y la primera fila de parras? ¿Se empleó herbicida sólo en la parte central de la carretera, como manifiesta el interesado en su escrito inicial, o también en las orillas como refiere en el listado de preguntas a formular al testigo? ¿A qué distancia se encuentra la fila 10 de la cuneta, o de la parte central de la carretera para que le alcance el vertido, aun cuando no lo impidiera la malla mosquitera de polietileno que cubre alguno de ellos? ¿Fue tan intensa la brisa en los dos días de la actuación, tras la suspensión de las labores el día 3, para posibilitar la extensión del herbicida a la zona afectada?

Sin embargo, la falta de probanza de tales cuestiones, que correspondía a la Administración en tanto podría cuestionar la extensión y el número de parras afectadas, y la coincidencia de ambos informes (el del perito y el de la Oficina Comarcal Agraria) sobre el número de parras afectados (869), no permiten al Consejo Jurídico disponer de elementos de juicio para reconsiderar este dato, reconociendo la propuesta de resolución la imposibilidad de conocer exactamente hasta dónde penetró y a cuántos parras afectó, en parte atribuible a la Administración, como ya se ha indicado, pues podría haber dispuesto del informe cuando se solicitó por el interesado, aun cuando fuera durante el mes de agosto, o extraer datos a través del acta que podrían haber levantado los dos funcionarios que se personaron en el lugar, y cuya presencia no ha sido puesta en duda.

2) Pérdida de producción.

La propuesta de resolución asume el razonamiento de la mercantil acerca de la pérdida originada por la menor producción, que cifra en (35.795,78 euros), resultado de multiplicar el descenso en la producción de uva propia en el año 2003 (41.623 kg.), en comparación con el año 2002, por el precio medio de venta de uva a los clientes (0,86 euros), que tuvo que ser suplido con el incremento de compra de uva a otros proveedores para poder atender la demanda de sus clientes pertenecientes al mercado intracomunitario. Sin embargo, con este método de cálculo de las pérdidas, propuesto por la parte reclamante, no se tiene en cuenta:

a. Según el informe pericial, no todas las parras quedaron afectadas de igual forma, especificando: 269 parras al 100%, 191 parras al 75%, 226 parras al 50%, 183 parras al 25%.

También el informe de la Oficina Comarcal Agraria señala que las afecciones son más acusadas en el borde de la carretera, desapareciendo gradualmente hacia el interior de la parcela.

Por lo tanto, no puede sostenerse que se ha producido la pérdida de la producción de uva, en su totalidad, de todas las parras indicadas (869), sino que habría que calcular los kilos, en función de los porcentajes y producción normal de cosecha por parra que determina el perito de la parte reclamante (47,5 Kg.).

b. Para justificar el citado cálculo, la reclamante sostiene y documenta que tuvo que comprar uva a otros proveedores para atender a sus clientes, por la pérdida de la cantidad anteriormente señalada, si bien, según las facturas aportadas, a sus proveedores no les pagó 0,86 euros, sino 0,51 euros (folios 67, 68, 69, 70, 73, 74), 0,54 euros (folio 71), 0,45 euros (folios 65 y 66), y 0,60 euros (folio 72), por lo que la pérdida sería el coste de la adquisición de la uva a otros proveedores, habiendo obtenido como ganancia las cantidades restantes hasta 0,86 euros por kg. que vendió a sus clientes.

c. Tampoco ha probado la mercantil que la diferencia de producción entre los años comparados se deba, en exclusiva, a la actuación del equipo de fumigación, sino que pueden concurrir otras causas de índole agraria.

En consecuencia, el Consejo Jurídico, basándose en el informe del perito sobre la distinta afección al número de parras, y respetando los precios medios de venta señalados por la reclamante, en base a la documentación presentada, alcanza la siguiente conclusión:

269 parras afectadas al	100%	=	12.777,5 Kg.
191 parras afectadas al	75%	=	6.804,375 Kg.
226 parras afectadas al	50%	=	5.367,5 Kg.
183 parras afectadas al	25%	=	2.173,125 Kg.

La pérdida de producción sería, por tanto, 27.122,5 Kg., que multiplicados por 0,51 euros, precio medio que pagó por la uva que tuvo que comprar a otros proveedores, resulta la cantidad de 13.832,475 euros, partiendo, como sostiene el perito, que los racimos quedaron inservibles para la comercialización.

El reconocimiento del pago de 0,86 euros por kg., como pretende la mercantil reclamante, supondría un enriquecimiento injusto para ésta, en tanto percibió las cantidades abonadas por los clientes, muy superiores al precio de compra a sus proveedores.

3) Gastos de recuperación.

El informe pericial recoge los distintos tratamientos a realizar a las parras afectadas durante dos años, que suman un total de 9.616,22 euros, cantidad que no ha sido discutida por la instructora y que, por tanto, debe incluirse en el montante indemnizatorio.

4) Gastos de peritación.

Respecto a los gastos del dictamen pericial que reclama la interesada (300 euros), que parece admitir la propuesta de resolución aunque no los cuantifica en la cantidad resultante, el Consejo de Estado sostiene, con carácter general, que estos gastos no son indemnizables ya que no tienen el carácter de gastos preceptivos, y se desembolsan por el reclamante en su propio y exclusivo beneficio (por todos, Dictamen núm. 3.595/1998); aunque también es cierto que, en el presente caso, el primer informe del perito se ha tornado como prueba esencial para valorar las pérdidas agrícolas, y de no haberse producido la causa del daño no se habría tenido que pagar, razonamiento acorde con la línea jurisprudencial (por todas, SSTs, Sala 3ª, de 20 de enero y 3 de febrero de 2001), que sostiene que los gastos habidos en la vía administrativa previa, si son probados, habría derecho a su reintegro, si bien, para ello, debería aportar la reclamante la factura correspondiente a los 300 euros que solicita.

En consecuencia, resulta una cuantía indemnizatoria, muy próxima a la propuesta por la instructora, de 23.748,69 euros (13.832,475 euros + 9.616,22 euros + 300 euros), sin perjuicio de su actualización, con arreglo al índice de precios al consumo, a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículo 141.3 LPAC).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución, en cuanto procede a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los elementos determinantes de la misma, si bien habrá de modificarse, en tanto no se ha probado la concurrencia de causas imputables a la mercantil reclamante.

SEGUNDA.- En cuanto a la cuantía indemnizatoria, habrá de estarse a lo indicado en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 134/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. R. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 08/10/07

Extracto de Doctrina

Tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen n.º. 56/2005).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 23 de junio de 2004, D. J. P. R. S. solicitó una indemnización de 50.000 euros por un alegado desprendimiento de retina y consiguiente pérdida de visión que imputa al defectuoso funcionamiento del Servicio de Urgencias del Hospital “*Morales Meseguer*” (HMM) de Murcia. En concreto, según afirma el reclamante, en fecha 2 de enero de 2004 acudió al citado Servicio de Urgencias por tener sensación de cuerpo extraño en el ojo derecho, segregación lagrimal abundante y pupilas inflamadas, diagnosticándosele allí una conjuntivitis; actuación que considera negligente pues, frente a ese diagnóstico, se encontraba ante un riesgo inminente de desprendimiento de retina con posibilidades de ulteriores complicaciones retinianas graves. Continúa afirmando que, dado el grave error, días después ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca –HUVA– (en concreto, el día 5 de dicho mes, tras haber estado también en el Servicio de Urgencias del HMM, si bien esto no lo indica el reclamante), en donde le diagnostican absceso corneal OD y se le interviene, permaneciendo ingresado durante 15 días. Concluye señalando que el desprendimiento de retina le ha provocado la pérdida de visión del ojo derecho. Adjunta a su escrito copia del informe médico de su asistencia al Servicio de Urgencias el 2 de enero de 2004 y del informe de alta de 20 del mismo mes correspondiente a la posterior estancia en el HUVA.

SEGUNDO.- Con fecha 22 de julio de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dictó Resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial y designó instructor, que se comunicó al reclamante y a la compañía aseguradora de dicho Ente, a la vez que se solicitó a los citados Hospitales copia de la respectiva historia clínica del reclamante e informes sobre los hechos en cuestión.

TERCERO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se remitió copia de la Historia Clínica e informe de 8 de octubre de 2004 del Jefe de Servicio de Urgencias, Dr. J. A. S., que expresa lo siguiente:

“El paciente D. J. P. R. S. acudió a este Servicio de Urgencias refiriendo que desde hacía 48 h. presentaba prurito y sensación de cuerpo extraño en ojo derecho; una vez realizada la correspondiente anamnesis se procedió a la exploración del citado ojo con la lámpara de hendidura, observándose enrojecimiento conjuntival con abundantes secrecio-

nes de aspecto no purulento y cámara anterior transparente. Con los datos obtenidos de la historia clínica se concluyó con el juicio clínico de conjuntivitis, prescribiendo tratamiento a tal efecto.

Consideramos que la actuación médica en todo momento estuvo sujeta a una adecuada práctica clínica, no existiendo error diagnóstico y, por tanto, el acto clínico siempre estuvo ajustado a “Lex Artis”. La evolución posterior de la enfermedad puede surgir por diferentes causas y a pesar de un adecuado tratamiento.

En todo caso, ni la enfermedad ni la evolución de ésta suponen ningún riesgo que favorezca el desprendimiento de retina”.

Por su parte, en el oficio de remisión de los anteriores documentos, el Director Gerente del citado Hospital hace la siguiente observación:

“- El diagnóstico de absceso corneal establecido en el Hospital-Virgen de la Arrixaca el día 5 de Enero de 2.004, ya había sido establecido en la asistencia prestada en el Servicio de Urgencias de este Centro el mismo día 5-1-04, y todo ello sin perjuicio de la asistencia prestada al reclamante el día 2 de Enero de 2.004, donde se estableció el diagnóstico y tratamiento correcto y adecuado a la vista de las exploraciones realizadas a aquél, todo lo cual consta en su Historia Clínica y en el Informe emitido por el Jefe de la Unidad de Urgencias.

- El Informe aportado por el reclamante y emitido por el Hospital Virgen de la Arrixaca de fecha 20 de Enero de 2004 no incorporó dato alguno que refleje ni desprendimiento de retina ni pérdida de visión, sin perjuicio de posibles asistencias posteriores cuyo soporte documental no se ha aportado al expediente”.

CUARTO.- Desde el Hospital Virgen de la Arrixaca se remitió copia de la historia clínica del reclamante e informe de 9 de diciembre de 2004 del Dr. M. S., Coordinador del Servicio de Oftalmología de Consultas Externas, según el cual:

“El paciente D. J. P. R. S. fue visto en urgencias del H. Morales Meseguer diagnosticado de conjuntivitis. Posteriormente se diagnostica en este mismo centro de ABCESO CORNEAL del mismo ojo. En este sentido, queremos reflejar que esta segunda patología es una complicación posible a pesar de un tratamiento correcto.

Se ingresa el 5 de Enero 04 en este centro, con el diagnóstico de ABCESO CORNEAL. Tras buena evolución es dado de alta con agudeza visual del 70%.

En la historia de este centro no aparece reflejado el padecer ningún DESPRENDIMIENTO DE RETINA y, en todo caso, este proceso patológico no se relaciona con el absceso corneal”.

QUINTO.- Conferido trámite al reclamante para que propusiera los medios de prueba pertinentes, el 18 de enero de 2005 presentó escrito en el que propone prueba documental, consistente en sus historias clínicas en los citados Hospitales, así como los documentos obrantes en el expediente.

SEXTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 31 de enero de 2006, que concluye así:

“1.- Durante las dos consultas realizadas en el Servicio de Urgencias del HMM, en ningún momento el paciente describe clínica compatible con desprendimiento de retina.

2.- *La exploración del paciente fue reglada y adecuada a un buen procedimiento: exploración externa, valoración de agudeza visual y examen del ojo con la lámpara de hendidura, quedando reflejado en la historia clínica del paciente.*

3.- *Los síntomas y exploración realizadas orientan en diagnóstico hacia una conjuntivitis.*

4.- *El absceso corneal no estaba presente en la primera visita al HMM, puede ser una complicación de la conjuntivitis aunque esté bien tratada.*

5.- *No hay constancia en la historia clínica del paciente de que haya padecido un Desprendimiento de Retina”.*

Por ello, el inspector propone la desestimación de la reclamación.

SÉPTIMO.- La compañía aseguradora del SMS aportó dictamen médico de fecha 3 de abril de 2006, en el que se concluye:

“1. La exploración que se hizo la primera vez en urgencias en el HMM fue adecuada a la sintomatología del paciente.

2. El diagnóstico de conjuntivitis que se realizó fue correcto.

3. El tratamiento pautado fue adecuado.

4. La segunda vez que el paciente fue a urgencias al HMM se hizo el diagnóstico de absceso corneal.

5. El absceso corneal no estaba presente la primera vez que el paciente fue a urgencias.

6. La aparición de un absceso corneal se puede presentar como complicación de una conjuntivitis a pesar de un tratamiento adecuado.

7. El paciente fue tratado en su centro de referencia y la evolución fue buena.

8. Ni la conjuntivitis ni el absceso corneal favorecen el desprendimiento de retina.

9. En ninguna de las ocasiones en que el paciente fue a urgencias refirió ningún síntoma relacionado con desprendimiento de retina.

10. En la historia del HUVA no se encuentra reflejado que el paciente haya padecido un desprendimiento de retina ni la pérdida de visión”.

OCTAVO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, ninguna de las partes formuló alegaciones.

NOVENO.- El 24 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no está acreditado el daño por el que se reclama (el desprendimiento de retina alegado) ni, en todo caso, el reclamante acredita la existencia de un error de diagnóstico, antes al contrario, los informes emitidos en el procedimiento indican que la asistencia al paciente se ajustó a la “*lex artis ad hoc*”.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 28 de diciembre de 2006, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de marzo, reguladora de este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Procedimiento y plazo.

I. A la vista del expediente remitido, puede concluirse que se ha seguido sustancialmente lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y su reglamento de desarrollo en la materia que nos ocupa (RD 429/1993, de 26 de marzo).

II. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año desde la determinación de las secuelas derivadas del hecho que motiva la reclamación, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento de todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, de los antecedentes reseñados se desprende que el reclamante no acredita el daño por el que solicita indemnización (el desprendimiento de retina), por lo que falta el presupuesto indispensable para proceder, después, al análisis de la imputación de tal daño a la actuación de los servicios sanitarios regionales.

Así lo corroboran los diferentes informes que se han emitido en el procedimiento, los cuales, a la vista de la historia clínica, ponen asimismo de manifiesto el error del reclamante en lo que atañe a su alegada intervención quirúrgica en el HUVA, pues no consta tal intervención, ya que durante los días que permaneció ingresado en dicho Hospital fue atendido de su absceso corneal, mejorando del mismo, motivo por el que fue dado de alta. Tales conclusiones se ratifican, por lo que a la inexistencia del alegado desprendimiento de retina se refiere, si se advierte que en el folio 13 de la historia clínica remitida por dicho Hospital (folio 34 del expediente) se refleja la exploración, el 14 de enero de 2004, del fondo del ojo derecho del paciente, haciéndose constar: “*fondo normal*”.

Por otra parte, los informes emitidos, no desvirtuados por el reclamante (que, por no haber presentado siquiera alegaciones en el trámite concedido, no ha formulado objeción alguna al respecto), expresan que el inicial diagnóstico de conjuntivitis realizado el 2 de enero de 2004 por el Servicio de Urgencias del HMM fue ajustado a la “*lex artis ad hoc*”, a la vista de los síntomas apreciados en aquel momento.

Todo ello conduce a la desestimación de la reclamación interpuesta, por no acreditarse el daño por el que se reclama ni, en todo caso, apreciarse existencia de mala praxis médica en el tratamiento de la patología documentada en el expediente.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No se ha acreditado la existencia del daño por el que el reclamante solicita indemnización, no concurriendo, en todo caso, la necesaria relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Por todo ello, la propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 135/07.- Proyecto de Orden por la que se crean los precios públicos a aplicar en la Residencia Juvenil adscrita al Instituto de la Juventud de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Cultura, Juventud y Deportes (2007)

Fecha: 08/10/07

Extracto de Doctrina

I. Tratándose de una Orden que constituye un desarrollo y ejecución de carácter normativo del TRLT, es aplicable lo establecido en el artículo 21.1 de dicha norma de rango legal, que establece que “la creación, modificación y supresión de los precios públicos se realizará mediante Orden del Consejero competente por razón de la materia, previo informe preceptivo del Consejero competente en materia de Hacienda”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de marzo de 2007, la Directora del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia (IJ) remitió un informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar, mediante Orden de la Consejería de Presidencia (entonces competente en materia de juventud), los precios públicos que habrían de aplicarse a las estancias de los jóvenes en la Residencia Juvenil construida por la Administración regional y adscrita a dicho Instituto. Acompañaba

a su informe un primer borrador de Orden, un informe sobre su impacto por razón de género y una memoria económico-financiera justificativa de los precios que se establecían en dicho borrador, elaborada por el Servicio Económico-Administrativo del Instituto.

SEGUNDO.- Remitido el expediente a la Consejería de Hacienda para recabar el informe preceptivo a que se refiere el artículo 21.1 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley regional de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales (TRLT), el 19 de abril de 2007 la Jefe del Servicio Jurídico-Tributario, con el visto bueno del Director General de Tributos, emite informe favorable al borrador de Orden, considerando adecuadamente justificados los precios públicos de que se trata y la regulación propuesta.

TERCERO.- Solicitado informe al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia, es emitido el 25 de mayo de 2007, en el que señala los trámites que deberían seguirse previamente a la aprobación de la Orden. En cuanto al fondo, es favorable, en lo sustancial, al texto remitido, con algunas observaciones puntuales para la mejora técnica del articulado, que fueron analizadas por el IJ en informe de 27 de junio de 2007, introduciendo algunas modificaciones al texto inicial.

CUARTO.- Obra en el expediente una certificación de 21 de junio de 2007 de la Secretaria del Consejo Asesor Regional de Consumo en la que se hace constar el informe favorable, por unanimidad, de dicho órgano consultivo al proyecto de Orden.

QUINTO.- El 28 de junio de 2007 el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe, favorable al proyecto Orden.

SEXTO.- Mediante oficio registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 3 de julio de 2007, la Secretaria General de la Consejería, por delegación del Consejero, solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando copia del expediente, incluyendo el texto autorizado del proyecto de Orden de referencia, y su extracto e índice reglamentarios.

SÉPTIMO.- En el Dictamen nº 109/07, de 27 de agosto de 2007, este Consejo Jurídico concluyó que debían subsanarse las deficiencias advertidas en el procedimiento tramitado, consistentes en la necesidad de recabar el informe preceptivo de la titular de la Consejería de Hacienda y someter el proyecto de Orden al informe del Consejo de la Juventud de la Región de Murcia.

OCTAVO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 25 de septiembre de 2007, el Consejero de Cultura, Juventud y Deportes solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando nuevamente el expediente, que incluye los informes de los órganos indicados en el Dictamen mencionado, así como otro del Vicesecretario de la Consejería, de fecha 24 de septiembre de 2007, favorable a la aprobación del proyecto de Orden de referencia.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Orden que constituye un desarrollo y ejecución normativa del artículo 21.1 TRLT, en la redacción dada por el artículo 6, Dos de la Ley regional 12/2006, de 27 de diciembre, de

Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2007, concurriendo con ello el supuesto establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Contenido del Proyecto de Orden objeto de Dictamen.

El Proyecto de Orden objeto del presente Dictamen contiene una parte expositiva de los motivos de su aprobación, siete artículos y dos Disposiciones Finales. Los artículos se refieren al objeto y ámbito de aplicación de la Orden (creación de los precios públicos a aplicar por la Residencia Juvenil adscrita al IJ, art. 1), a los sujetos obligados a su pago (art. 2), cuantía de los mismos (art. 3), régimen de su devengo (art. 4), de su gestión (art. 5), de su exacción (art. 6) y el régimen de recursos (art. 7). La Disposición Final Primera faculta al Consejero de Presidencia para que dicte las correspondientes Órdenes de actualización de precios con arreglo al Índice de Precios al Consumo del año anterior. La Disposición Final Segunda establece la entrada en vigor de la norma al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia y que será de aplicación a los servicios devengados a partir del día 1 del mes siguiente.

TERCERA.- Procedimiento.

Una vez realizadas las actuaciones expresadas en el Dictamen 109/07, reseñadas en los Antecedentes Séptimo y Octavo, no cabe poner reparo alguno en lo que atañe al procedimiento de aprobación de la futura norma.

CUARTA.- Competencia y habilitación legal.

I. Tratándose de una Orden que, como se dijo en la Consideración Primera, constituye un desarrollo y ejecución de carácter normativo del TRLT, es aplicable lo establecido en el artículo 21.1 de dicha norma de rango legal, que establece que *“la creación, modificación y supresión de los precios públicos se realizará mediante Orden del Consejero competente por razón de la materia, previo informe preceptivo del Consejero competente en materia de Hacienda”*, por lo que la aprobación del proyecto de Orden dictaminado corresponderá, en su caso, al Consejero de Cultura, Juventud y Deportes, al ser el competente en materia de juventud, conforme a lo establecido en el Decreto nº 160/07, de 6 de julio, ya citado en el anterior Dictamen, ejerciendo así dicho Consejero la competencia regional en esta materia, en cuanto la Comunidad Autónoma tiene atribuida la competencia exclusiva sobre *“política juvenil, conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución”* (artículo 10.Uno, 19 del vigente Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia), en el marco de la regulación que hoy se establece en la Ley 6/2007, de 4 de abril, de Juventud de la Región de Murcia (LJMU), complementada por la Ley 13/2002, de 4 de diciembre, de Creación del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia (LIJ).

En concreto, el artículo 40.2, b) LJMU recoge como una clase de instalación juvenil la denominada *“residencia juvenil”*, definida como establecimiento puesto al servicio de aquellos jóvenes que, por razones de estudio o trabajo, se vean obligados a permanecer fuera de su domicilio habitual, atribuyendo su artículo 28.2 al IJ la gestión de las residencias juveniles de titularidad regional adscritas al mismo, reconociendo así tales leyes la intervención de la Administración regional en la prestación de este servicio a los jóvenes.

II. Aplicado lo anterior al proyecto de Orden dictaminado (cuyo texto autorizado obra en los folios 61 a 64 del expediente remitido), deben introducirse en el mismo las siguientes modificaciones:

– Suprimir las referencias a la Consejería de Presidencia (que ya no es competente) expresadas al comienzo y al final del citado texto.

– Suprimir la Disposición Final Primera, pues carece de sentido que el Consejero competente se faculte a sí mismo para dictar las correspondientes Órdenes de actualización de precios por los servicios prestados en la residencia juvenil de que se trata.

– Sustituir en el primer párrafo de la Exposición de Motivos la referencia a la Ley regional 8/1995, de 24 de abril, de Promoción y Participación Juvenil, por la de la LJM, que derogó aquella.

– Completar el segundo párrafo de la Exposición de Motivos con las oportunas referencias a los comentados artículos 28.2 y 40.2, b) LJM.

III. Por otra parte, no cabe realizar objeciones al contenido del proyecto en lo que atañe a los precios que pretende aprobar, pues se apoyan en una detallada memoria económica de evaluación de costes, conforme con lo exigido por el artículo 23.1 TRLT, y no consta que tales precios puedan dar lugar a una situación de competencia desleal con el sector privado, proscrita por el número 2 de dicho artículo.

QUINTA.- Otras observaciones.

En primer lugar, se advierte que el proyecto se refiere, en términos genéricos, a “*la Residencia Juvenil adscrita al IJ*”, lo que lleva a pensar que es hoy la única existente adscrita a dicho Instituto. Sin embargo, tal referencia podría generar confusión en el hipotético caso de que tal situación variase y hubiese más de una de estas residencias. Parece conveniente que se concrete la residencia juvenil en cuestión, por referencia a su nombre (si lo tuviese) o, al menos, por su ubicación.

En el artículo 4, debería aclararse si el pago mensual a realizar los días 1 y 5 de cada mes, en estancias permanentes de más de tres meses o temporales de entre uno y tres meses, debe efectuarse por anticipado (como se prevé para las estancias temporales de menos de un mes) o por meses vencidos, pues ello no queda claro en el tercer párrafo de dicho artículo, aun cuando la referencia que allí se hace a los días adicionales a un mes completo parece indicar que se pretende establecer el pago por períodos vencidos.

Por otra parte, en los artículos 3 y 4 carece de sentido calificar las estancias en “*permanentes*” y “*temporales*”, ya que pueden definirse simplemente por referencia al tiempo previsto (menos de un mes, entre 1 y 3 meses, y más de tres meses, según el proyecto).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejero de Cultura, Juventud y Deportes tiene competencia y habilitación legal para aprobar el proyecto de Orden objeto del presente Dictamen.

SEGUNDA.- No obstante lo anterior, deberían introducirse las modificaciones a que se refieren las Consideraciones Cuarta y Quinta de este Dictamen en relación con las referencias a la Consejería de Presidencia y a la residencia juvenil de que se trata, así como sobre la Exposición de Motivos, los artículos 3 y 4, y la Disposición Final Primera del Proyecto de referencia.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 136/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. V. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 08/10/07****Extracto de Doctrina**

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “funcionamiento” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 18 de marzo de 2004, D. J. V. S. presenta reclamación de responsabilidad ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes por los daños materiales sufridos por el vehículo de su propiedad (Renault Megane, matrícula X), debido al mal estado de la carretera MU-414, en sentido Abanilla-Santomera. Relata que el accidente se produjo el 26 de febrero anterior, como consecuencia de la existencia de un socavón de un metro aproximado de diámetro, por unos diez o quince centímetros de profundidad.

Reclama la cantidad de 425,12 euros, y acompaña fotocopias de la denuncia presentada ante la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Subsector de Murcia, y de la factura de reparación de los daños ocasionados al vehículo.

SEGUNDO.- Con fecha de 25 de marzo de 2004 se solicita informes a la Dirección General de Carreteras, y al Parque de Maquinaria, a efectos de valorar el daño causado, y determinar el valor venal del vehículo en el momento del accidente.

TERCERO.- Simultáneamente la instructora recaba el Atestado de la Guardia Civil de Santomera, y requiere al reclamante para que subsane los defectos advertidos y mejore la solicitud presentada con la documentación que se relacionan en el folio 13, siendo cumplimentado por el interesado el 23 de abril siguiente.

CUARTO.- El Capitán Jefe del Subsector de Murcia de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil remite oficio (documento núm. X), en el que señala que se instruyeron diligencias núm. X, de 26 de febrero de 2004, por el accidente sufrido en la carretera MU-414, término municipal de Santomera, por la rotura de neumáticos de tres vehículos, entre los que se encuentra el del reclamante, debido al mal estado de la calzada (profundo bache en el carril), señalando que los motoristas del Destacamento se vieron obligados a señalar el socavón hasta la subsanación de la rotura. Acompaña copia de lo actuado por su Unidad, así como la relación de los vehículos implicados de los que se tiene conocimiento.

QUINTO.- El 1 de junio de 2004, el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, sector de Murcia, remite comunicación interior en la que se manifiesta que “*la carretera es de titularidad autonómica MU-414, y el lugar en que se produjo el siniestro se corresponde*

con el p.k. 5,500 de dicha carretera y, al encontrarse la calzada y sus zonas anejas en obras en el momento del siniestro, corresponde al Servicio de Proyectos y Construcción de esta Dirección General el informar sobre los daños reclamados, al ser de su competencia la Dirección de las obras de referencia”.

SEXTO.- Solicitado informe al Ingeniero de Caminos, director de las obras, es evacuado el 21 de enero de 2005, en el siguiente sentido:

“En la fecha de referencia en el tramo que se indica se estaban ejecutando las obras correspondientes al Proyecto de Acondicionamiento y Mejora de la MU-414, Tramo III, PK 0,000 al 3,035 por parte de la empresa F. A. SA., siendo Ingeniero Director de las mismas el técnico que suscribe.

De acuerdo con el correspondiente Atestado levantado por la Guardia Civil el socavón al que se hace referencia tenía las siguientes características: se encontraba en un lateral del carril junto a la cuneta en la zona denominada vulgarmente como “mordiente” del firme existente. Tenía al parecer 20 cm., de profundidad. Según se manifiesta en uno de los Atestados se encontraba lleno de agua porque había llovido. De acuerdo con lo anterior se puede afirmar que, en ningún caso, dicho socavón ha sido causado por alguna de las diversas obras que comprende el Proyecto, sino que más bien puede afirmarse que se trata del deterioro del firme anteriormente existente. La obra se encontraba correctamente señalizada con los correspondientes avisos y limitaciones del tramo en obras. ”

SÉPTIMO.- Tras la apertura del periodo de prueba, consistente en solicitar al reclamante la copia de la póliza del seguro del vehículo y del recibo del pago de la prima de la anualidad correspondiente a la fecha del accidente, se acuerda otorgar un trámite de audiencia al interesado el 7 de abril de 2005, sin que conste que haya presentado alegaciones.

OCTAVO.- Tras una larga paralización del procedimiento, sin que consten actuaciones, el 28 de noviembre de 2006 se reitera la petición de informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, sobre la valoración de los daños, que es evacuado el 21 de febrero de 2007, considerando correcta la relación de elementos que, como consecuencia del siniestro, pudieron quedar dañados, y que se relacionan en la factura que se aporta, al igual que estima correcto el coste de la reparación conforme con los materiales y trabajos realizados.

NOVENO.- El 22 de febrero de 2007 se le otorgó un nuevo trámite de audiencia al interesado, que no compareció, tras lo cual se adopta propuesta de resolución estimatoria de la reclamación en la cuantía solicitada.

DÉCIMO.- Con fecha 25 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Admi-

nistración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser el titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad (MU-414), por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación se ha formulado dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y en el reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en lo sucesivo RRP), salvo en el plazo máximo para resolver, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.3 del citado reglamento. A este respecto se advierte una larga paralización del procedimiento (desde mediados de abril de 2005 hasta el 28 de noviembre de 2006), sin que conste actuación administrativa en este periodo, pues la instructora reiteró la solicitud de informe al Parque de Maquinaria en esta última fecha, dando aquí por reproducidas las observaciones realizadas en anteriores Dictámenes sobre la necesidad de impulsar de oficio el procedimiento en todos sus trámites (artículo 74.1 LPAC), como se puso de manifiesto en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2002 (página 54).

IV. Según declara el reclamante, a petición del órgano instructor, no se siguen por los mismos hechos otras reclamaciones en vía penal o civil.

Por último, existe un error en la página 6 de la propuesta de resolución, en cuanto a la cantidad allí expresada en euros (1.703,41 euros), que no se corresponde con la indicada en la factura (425,12 euros).

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras, y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación se fundamenta en una omisión de la Administración, que debería haber eliminado o, al menos, señalado, el socavón a que se refiere la reclamación, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de

la carretera; por ello, el reclamante solicita el abono de los gastos causados por el accidente, que se debió a una deficiencia viaria.

En el caso que nos ocupa, ha de considerarse acreditado la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, a través del Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, que recoge como causa del accidente “el mal estado de la calzada debido a la existencia de un bache de 1 metro de diámetro por 2,20 centímetros de profundidad”. En cuanto a los daños en el vehículo (pinchazo neumático delantero y trasero derechos, así como deformación de las llantas que los sustentan), han sido considerados por el Parque de Maquinaria acordes con el accidente de que se trata. Por otra parte, no puede considerarse que a la producción del daño concurría un exceso de velocidad, ya que nada se ha instruido al efecto.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

De acuerdo con el informe del Parque de Maquinaria reseñado en el Antecedente Octavo, ha de indemnizarse al reclamante por el valor de la reparación del vehículo, es decir, 425,12 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización debe atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 137/07.- Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las explotaciones cunícolas de la Región de Murcia.

Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)

Fecha: 15/10/07

Extracto de Doctrina

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, manifestada entre otras en las Sentencias 42/1987 y 305/1993, que el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE, extensible al derecho administrativo sancionador, incorpora una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de

seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesariamente legal de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de tales sanciones, por cuanto el término “legislación vigente” contenido en el citado artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada, la Dirección General de Ganadería y Pesca elabora un primer borrador de Orden de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se desarrolla el Real Decreto 1547/2004, de 25 de junio, por el que se establecen normas de ordenación de las explotaciones cunícolas (en adelante RDOEC).

El texto consta acompañado en el expediente de la siguiente documentación:

– Una “*ficha-proyecto de disposición*” que anuncia como finalidad del Proyecto el desarrollo de la referida norma estatal en lo relativo al procedimiento administrativo, “*estableciendo los requisitos necesarios para la inscripción de las explotaciones, así como para regular aspectos no contemplados en el mismo, como los cambios de orientación productiva y las bajas o cancelaciones en el registro. Se establece también el modelo autonómico de Libro de Registro de Explotación y el sistema de identificación de la especie cunícola*”.

– Escritos remitidos a cuatro mataderos de conejos, al Colegio Oficial de Veterinarios y a diversas organizaciones agrarias (UPA, COAG y ADEA-ASAJA), otorgando trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración reglamentaria y solicitando la formulación de observaciones.

– Alegaciones formuladas por la Unión de Pequeños Agricultores (UPA) al borrador.

– Informe del Servicio de Sanidad Animal que, tras reiterar la finalidad perseguida por el Proyecto, valora las alegaciones presentadas, algunas de las cuales serán incorporadas al texto, justificando el rechazo de las restantes.

– Informe favorable del Servicio Jurídico de la Dirección General proponente.

SEGUNDO.- Solicitado informe al Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua, se indica la procedencia de otorgar rango de Decreto a la disposición proyectada, habida cuenta la ausencia de potestad reglamentaria del titular de la Consejería para normar los extremos en ella contenidos.

Se formulan asimismo diversas observaciones que sólo parcialmente serán asumidas e incorporadas al texto, como indica el Jefe del Servicio de Sanidad Animal en sendos informes de 6 de noviembre y 5 de diciembre de 2006.

TERCERO.- Como consecuencia de la observación efectuada acerca del rango de la futura disposición, el texto se reelabora como Proyecto de Decreto que adopta la siguiente denominación: “*por el que se establece la ordenación de las explotaciones cunícolas de la Región de Murcia*”.

CUARTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 22 de enero de 2007. En él constan observaciones relativas al procedimiento

de elaboración reglamentaria, poniendo de manifiesto la omisión de diversos documentos que necesariamente deben acompañar al Proyecto (propuesta del órgano directivo correspondiente, memorias de oportunidad y económica, y relación de disposiciones que verán afectada su vigencia una vez entre en vigor la futura norma) y considerando preceptivo el presente Dictamen.

Asimismo, se formulan diversos reparos al contenido de la norma, singularmente en la configuración del titular de las instalaciones como persona diferente del titular de la explotación, con advertencia expresa de los problemas, tanto de orden práctico como estrictamente jurídico, que pueden derivar de la regulación propuesta.

QUINTO.- Con fecha 25 de abril de 2007, el Servicio de Sanidad Animal elabora informe valorativo de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, asumiendo la mayor parte de las realizadas, bien en su literalidad, bien efectuando matizaciones o aclaraciones en el texto que persiguen evitar los problemas interpretativos que generaron las consideraciones del referido órgano jurídico.

Como consecuencia de las modificaciones efectuadas, se elabora un último borrador que constituye el texto definitivo del Proyecto, según consta mediante diligencia evacuada por el Secretario General de la Consejería.

SEXTO.- Con fecha 2 de mayo, el Director General de Ganadería y Pesca propone al Consejero de Agricultura y Agua la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de mayo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado respecto de estos reglamentos que son complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es establecer normas de ordenación de las explotaciones cunícolas de la Región de Murcia, a los efectos de regular el registro regional de dichas explotaciones, el libro registro de cada una de ellas, así como la identificación de los animales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y siguientes de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal (LSA) y en el RDOEC, normas ambas que declaran expresamente el carácter básico de sus determinaciones.

El Proyecto, por tanto, además de constituir un desarrollo mediato de la LSA, lo es también de forma directa de normativa básica estatal. Como repetidamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la noción material de lo básico posibilita que disposiciones de rango formal inferior a ley contengan normas de tal carácter, lo que permite interpretar el artículo 12.5 LCJ en el sentido de no reducir el concepto de legislación básica a las leyes en sentido formal, sino atender a la naturaleza y finalidad de lo básico como presupuesto determinante de la preceptividad del Dictamen del Consejo Jurídico, que cabe predicar, en consecuencia, del desarrollo de cualesquiera normas básicas, con independencia del lugar que ocupen en la escala jerárquico-normativa (Dictamen 144/2005).

En virtud de lo expuesto, cabe concluir la preceptividad del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.

1. El artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, establece los trámites a seguir para el ejercicio de la potestad reglamentaria. De acuerdo con dicha regulación, el expediente no acredita el cumplimiento de las siguientes exigencias formales:

– Memoria justificativa de la oportunidad del Proyecto normativo, que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas.

– Relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma.

– Estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere.

– Informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el nuevo Decreto.

– Motivación de la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados.

2. No consta en el expediente la propuesta dirigida por el Consejero de Agricultura y Agua al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto (artículo 37.1, letra c, Ley 6/2004).

3. Dado que el destino de la mayor parte de la producción de las explotaciones cunícolas es el consumo humano, habría sido conveniente dar intervención en el procedimiento de elaboración a las organizaciones de consumidores y usuarios, bien directamente, bien a través del órgano consultivo que canaliza e institucionaliza su participación en el ámbito propio de la Consejería proponente: el Consejo Asesor Regional Agrario.

4. Es de resaltar, no obstante, el detallado análisis que la Consejería responsable ha ido realizando sobre las sucesivas observaciones de los informantes, lo que proporciona una adecuada justificación de las modificaciones introducidas en los sucesivos borradores.

5. Si bien las omisiones procedimentales expuestas podrían aconsejar la devolución del expediente en orden a completar su tramitación, el tiempo transcurrido desde que se formuló la consulta lleva al Consejo Jurídico a dictaminar sobre el fondo en orden a evitar una mayor dilación en la aprobación de la futura norma, sin dejar de advertir la necesidad de subsanar los indicados defectos formales antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno.

TERCERA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

1. El artículo 10. Uno,6 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de “agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía”. El último inciso transcrito entronca necesariamente la competencia autonómica con aquella que el artículo 149.1.13ª reserva al Estado, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Atendidos los términos en que se expresa el Estatuto de Autonomía, que atribuye competencia de forma exclusiva a la Comunidad Autónoma, aunque limita su ejercicio por referencia a una concreta función estatal, la determinación del alcance de ésta servirá para delimitar, siquiera sea de forma negativa o por exclusión, el contenido de la competencia que, en materia de ganadería corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

A tal efecto, la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando en sucesivos pronunciamientos el contenido y los límites de dicha competencia del Estado, que puede abarcar “tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” (SSTC 95/1986, 213/1994 y 21/1999, entre otras), sin que alcance, sin embargo, a “incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general” (STC 133/1997), pues de no ser así “se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico” (STC 112/1995).

En relación con el sector económico al que pertenece el Proyecto de Decreto, la STC 14/1989, de 26 de enero, afirma que corresponde al Estado, “establecer las directrices globales de ordenación y regulación del mercado agropecuario nacional y, entre ellas, las que definan la política general de precios y abastecimientos, así como las que dispongan la orientación que debe presidir las medidas de intervención dirigidas a lograr la estabilización de dicho mercado, quedando reservada a la Comunidad Autónoma la competencia para adoptar, dentro del marco de esas directrices generales, todas aquellas medidas que no resulten contrarias a las mismas, sino complementarias, concurrentes o neutras de tal forma que, estando encaminadas a mejorar las estructuras de la agricultura y ganadería propias, no supongan interferencia negativa o distorsión de la ordenación general establecida por el Estado, sino más bien que sean coadyuvantes o inocuas para esta ordenación estatal”. En el mismo sentido, la STC 95/2001, de 5 de abril.

En este escenario, presidido por los principios de complementariedad y no contradicción, cobra especial relevancia la función, también de titularidad estatal en virtud del artículo 149.1.13ª CE, de “*coordinación de ámbitos competenciales ajenos que inciden en la ordenación general de la economía*” (STC 227/1988). Para el Alto Tribunal esta competencia estatal de coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes en el sistema, evitando contradicciones o disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema. Para ello, el Estado puede fijar medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades, estatales y comunitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (STC 45/1991, de 28 de febrero).

2. Ahora bien, el contenido de la futura norma se proyecta sobre otro título competencial, quizás menos evidente, pero también presente: la sanidad.

En efecto, los artículos 36, 38 y 39 LSA, sistemáticamente ubicados en el Título I (Organización sanitaria sectorial), Capítulo I (Ordenación sanitaria de las explotaciones de animales), regulan la necesidad de autorización de las explotaciones por parte de las autoridades regionales, la existencia de un registro de tales explotaciones, el libro de cada explotación y el sistema de identificación de animales, extremos todos ellos objeto de regulación en el Proyecto, que establece la clasificación sanitaria de las explotaciones en función de la incidencia o no sobre ellas de epizootias como la mixomatosis o la enfermedad hemorrágica vírica del conejo, estableciendo además condiciones higiénico-sanitarias para la prevención de enfermedades pecuarias.

El encuadramiento de la sanidad animal en la materia más amplia de sanidad nos lo ofrece la STC 192/1990, de 29 de noviembre, al señalar que aunque las epizootias hayan de afectar al ganado, es obvio que la coordinación de las medidas para combatir las es también competencia en materia de sanidad.

En esta materia, la Comunidad Autónoma ostenta competencias de desarrollo legislativo y ejecución en virtud del artículo 11.1 EAMU; al Estado, por su parte, le corresponde la fijación de las bases y la coordinación general de la sanidad.

Procede concluir, en definitiva, que la Comunidad Autónoma goza de competencia material suficiente para dictar el futuro Decreto.

3. De las previsiones en materia de ordenación sanitaria de las explotaciones ganaderas que la LSA establece, tanto la autorización de las explotaciones como su registro se remiten expresamente a la actuación de las autoridades regionales.

El RDOEC, desarrollo inmediato de la referida Ley, prevé que las Comunidades Autónomas inscribirán en un registro a las explotaciones, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se regula el Registro General de Explotaciones Ganaderas (REGA), fijando además el contenido básico de dicho registro (artículo 6) y las condiciones mínimas que deben reunir las explotaciones, constituyendo el presupuesto de su autorización.

Del mismo modo, el artículo 7 del reglamento estatal deja a los poderes regionales la determinación del formato del libro registro de explotación, estableciendo no obstante su contenido mínimo.

El artículo 5 RDOEC, desarrolla para las especies cunícolas el régimen del sistema nacional de identificación de los animales previsto en el artículo 39 LSA, dejando a las autoridades autonómicas la determinación del tipo de marca a utilizar.

La Disposición Transitoria primera RDOEC deja a las Comunidades Autónomas la fijación de la forma en que los titulares de las explotaciones existentes antes de la entrada en vigor del referido reglamento deben presentar el programa básico sanitario.

4. De conformidad con las consideraciones expuestas y aunque, en rigor, no exista una habilitación reglamentaria expresa en la normativa básica citada, lo cierto es que su aplicación y eficacia dependen del desarrollo que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus respectivas competencias estatutarias, realicen de ella, complementando sus previsiones mediante el dictado de las normas que establezcan de forma detallada el régimen de organización, uso y funcionamiento de las medidas e instrumentos de información y coordinación del sector creados por las bases estatales.

El ejercicio de dicha potestad normativa corresponde al Consejo de Gobierno, en virtud de lo establecido en los artículos 32.1 EAMU y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004.

CUARTA.- Consideraciones de carácter general.

1. Autorización e inscripción en el Registro.

De conformidad con los artículos 36.1 y 38.1 LSA, todas las explotaciones cunícolas de nueva instalación o la ampliación de las existentes deben contar con la previa autorización de la autoridad competente y estar registradas en la Comunidad Autónoma donde radiquen; así lo dispone también el artículo 5.6 del Proyecto.

El Proyecto elude establecer el régimen de la referida autorización, por lo que resulta obligado advertir la diversa naturaleza de ambas técnicas (autorización e inscripción registral) para concluir en la conveniencia de que el Proyecto aborde la regulación de la autorización como acto previo a la inscripción en el Registro.

En efecto, la inscripción en un registro administrativo es un acto de conocimiento, que integra la categoría de las actividades administrativas de constancia, es decir, aquellas que para la doctrina consisten en que, bien la Administración, bien los particulares, realizan declaraciones de hechos y actividades, formalizándolas para un mejor cumplimiento de la finalidad específicamente policial, dotando de publicidad formal a determinadas personas, bienes, actividades o situaciones, que sirven a la mejor ordenación administrativa de la actividad. En suma, la finalidad de la inscripción en el Registro es esencialmente informativa, como ejemplifica el artículo 3.2 REGA, al asignar un carácter meramente informativo al Registro de Explotaciones Ganaderas, en el cual se integra el que es objeto de regulación en el Proyecto y que, en consecuencia, ha de revestir idéntica naturaleza.

Frente a esta técnica de mera constancia o conocimiento, la autorización administrativa constituye un acto de voluntad, que produce como principal efecto jurídico la declaración del derecho del particular a desarrollar una determinada actividad. Esa voluntad de la Administración, además, se identifica con la legalidad y el interés público que se intenta salvaguardar mediante la regulación sectorial de la actividad en que se inserta el trámite autorizador, razón por la cual la autorización se constituye en condición de validez del comportamiento. De hecho, cuando de actividades de carácter económico se trata, la autorización constituye un control administrativo previo, justificado por el hecho de que aun

siendo aquellas actividades de naturaleza privada y estando sujetas a la libertad de iniciativa, son susceptibles de incidir de forma particularmente intensa en el interés general, constituyéndose la autorización en técnica imprescindible para comprobar la conformidad de la iniciativa con el interés general.

La autorización es, pues, la llave de la actividad, en la medida en que, sin su previa obtención, la actuación está prohibida, ha de ser clausurada y sancionada (artículos 84.2 y 90.2 LSA).

Ocurre que a menudo ambas técnicas se presentan en el ordenamiento como íntimamente ligadas cuando, como ocurre en el supuesto sometido a consulta, la inscripción registral no puede producirse sin la primera y, de hecho, dicha inscripción culmina los requisitos previstos por la norma para poder desarrollar la actividad ganadera, pues, como establece el artículo 5.6 del Proyecto, las nuevas explotaciones o las ampliaciones de las ya inscritas deberán, previamente al inicio de su actividad, contar con la autorización correspondiente de la Dirección General de Ganadería y Pesca (lo cual es exigido asimismo por el artículo 36.1 LSA) y estar inscritas en el Registro Regional de Explotaciones Cunícolas (artículo 38.1 LSA y 3.8 REGA). El artículo 6 REGA, por su parte, dispone que la inscripción en el Registro se producirá si así corresponde de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.8 del mismo Real Decreto, es decir, si se han obtenido todos los permisos, autorizaciones o licencias exigibles.

El Proyecto sometido a consulta, por su parte, parece confundir ambas técnicas, pues aunque formalmente declara como objeto de regulación el Registro Regional de Explotaciones Cunícolas y el procedimiento de inscripción en el mismo, sus preceptos traicionan dicha previsión inicial para desvelar un ánimo intervencionista de mayor intensidad, que pretende someter determinadas actividades o actuaciones a autorización administrativa previa. Así se advierte en expresiones tales como “no se permitirá la segregación...” (art. 5.3); “no se autorizarán cambios de titularidad...” (art. 10.1); “no se admitirán cambios de titularidad...” (art. 10.2); o “se podrá autorizar,..., la suspensión de actividad...” (art. 11, letra b).

Considera el Consejo Jurídico que, atendido el contenido del Proyecto, al menos sus artículos 6 y 7, referidos a la inscripción en el Registro de las explotaciones de nueva instalación y a la ampliación de las ya existentes, deberían reconducir su objeto, que habría de pasar a ser el de su preceptiva autorización previa. Apoyan esta sugerencia los siguientes razonamientos:

– Ambas actividades están sometidas a autorización, por así disponerlo el artículo 36.1 LSA.

– La documentación exigida en los aludidos preceptos reglamentarios persigue acreditar, al margen de las condiciones personales de los titulares de la explotación y de las instalaciones, que éstas cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento. Viene a constituir, en consecuencia, el apoyo documental en que la Administración debe basar su actividad de control previo de la actividad para determinar su adecuación o no a Derecho. Supone, en definitiva, el ejercicio por la Administración de su función de policía a través de la técnica autorizatoria.

– La autorización administrativa que, según el artículo 5.6 del Proyecto, corresponde otorgar a la Dirección General de Ganadería y Pesca, precede en el tiempo a la inscripción en el Registro, de acuerdo con la pauta establecida por el artículo 6 REGA, que es la si-

guiente: 1º) se consiguen u otorgan todas las autorizaciones, permisos y licencias necesarias (aquí se incardina tanto la autorización que corresponde expedir a la referida Dirección General, como también la previa licencia municipal de apertura a que se refiere el artículo 6.1, letra i) del Proyecto); 2º) se asigna el código de identificación de explotación y se comunica a su titular; y 3º) se procede a inscribir en el Registro.

– El objeto general del Proyecto, que no es otro que la ordenación de las explotaciones cunícolas, y la ausencia en el ordenamiento regional de regulación específica relativa a dicha autorización previa, convierten a aquél en una disposición especialmente adecuada para establecer las normas de ésta. Normas que no sólo deberían limitarse a disciplinar los requisitos para el otorgamiento de la autorización, sino que habrían de fijar las condiciones en las que sería posible proceder a la revocación o ineficacia de las autorizaciones concedidas como actuación administrativa previa a la cancelación de las inscripciones registrales (artículo 11 del Proyecto). Del mismo modo, debería adaptarse, siquiera mínimamente, el procedimiento regulado en el artículo 12 del Proyecto, al menos en lo tocante al contenido de la resolución (apartado 4).

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que el Proyecto debería establecer las normas que disciplinan la autorización administrativa previa a la instalación de nuevas explotaciones cunícolas y la ampliación de las ya existentes, distinguiendo esta actividad de policía de la mera actividad de constancia en que consiste la inscripción de tales actuaciones en el Registro.

De igual modo, y como se desarrolla *in extenso* más adelante, el sometimiento de cualquier actividad a una previa autorización conlleva una cierta restricción de la libertad individual, en sus diversas manifestaciones, por lo que no deben establecerse más autorizaciones que las que sean estrictamente necesarias e imprescindibles para garantizar el concreto interés general que esté en juego. Y ello porque la intervención administrativa en la actividad de los particulares debe regirse por los principios de congruencia con los motivos y fines justificativos y de respeto a la libertad individual, lo que determina que habrá de escogerse siempre la forma de intervención menos restrictiva de ésta (STC 206/1990, de 13 de diciembre).

Es por ello que la sugerencia de establecer el régimen de las autorizaciones se refiere sólo a las explotaciones de nueva instalación y a la ampliación de las existentes, toda vez que el expediente carece de una justificación suficiente acerca de la necesidad de someter a autorización administrativa otras actuaciones como los cambios de orientación productiva o de titularidad, tanto de las instalaciones, como de la explotación misma, cuando quizás pudieran bastar otras técnicas de protección del interés general, como la comunicación previa y su inscripción en el Registro, que conllevan una intervención administrativa de intensidad menor que la autorización.

2. Actividades sometidas a autorización sin suficiente cobertura legal. Recondición.

a) Dispone el artículo 10.1 del Proyecto que “*no se autorizarán cambios de titularidad basados en arrendamientos o cualquier otra relación jurídica que no suponga la transmisión efectiva de la propiedad de las instalaciones*”.

En línea con lo indicado en la consideración precedente, con esta regulación la futura norma establece una limitación que excede del ámbito estrictamente administrativo, para

incidir de forma directa en la libertad de las personas. En efecto, presupone un poder de intervención pública sobre las relaciones de carácter privado, civil o mercantil, de las personas, para lo que el nuevo Decreto carecería del rango necesario.

En nuestro sistema constitucional la libertad se erige como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), entendida no sólo en su dimensión política, sino en su más amplia y comprensiva dimensión de libertad personal (STC 19/1988, de 16 de febrero), proyectándose en muchos de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Tal es el caso de la libertad de empresa (artículo 38 CE), en cuya virtud se reconoce al empresario una libertad de decisión no sólo para crear empresas y establecer sus objetivos, sino también para dirigir y planificar su actividad y, en definitiva, para gestionarla (STC 208/1993, de 28 de junio).

Como toda libertad, la de empresa no otorga un poder omnímodo al empresario, pues éste puede ver constreñida su capacidad de decisión por aquellas normas que disciplinan aspectos de relevancia económica, sanitaria, ambiental, etc., estableciendo restricciones. Ahora bien, éstas deben venir amplia y claramente fundamentadas en el interés general, y quedan sometidas a diversas garantías, entre las que ahora importa destacar la exigencia de norma legal.

Y es que, de conformidad con el artículo 53.1 CE, sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de dicha libertad, reserva legal cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos (por todas, STC 83/1984, de 24 de julio).

En consecuencia, no puede el Proyecto, sin la necesaria cobertura legal, someter a autorización los negocios jurídicos entre particulares que afecten a la propiedad de las instalaciones, toda vez que aquéllos constituyen decisiones de gestión empresarial amparadas por la libertad de empresa o bien, tratándose de particulares no empresarios, forman parte de las facultades dominicales que constituyen el contenido del derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 CE. Adviértase, además, que ninguna justificación técnica se aporta en el expediente de la necesidad de someter estas actuaciones mercantiles o civiles al poder interventor de la Administración, el cual, como hemos dicho, debe dejar al margen las cuestiones de propiedad y, en general, aquellas que afectan a los derechos que dan sustento a la actividad ganadera, verdadero objeto de la regulación administrativa.

Lo que sí puede hacer el Proyecto, no obstante, es determinar qué negocios jurídicos, en cuanto que suponen una efectiva transmisión de la propiedad de las instalaciones, constituyen un cambio de titularidad a los efectos del Decreto, es decir, cuáles de ellos conllevarán la inscripción en el Registro del cambio de titular de las instalaciones. Para ello, bastaría con sustituir el vocablo “autorizarán” por “inscribirán en el Registro”.

El resto de negocios jurídicos que tengan por objeto las instalaciones, que no conlleven una transmisión efectiva de su propiedad, pueden realizarse libremente por los ciudadanos, aunque carecerán de relevancia registral.

b) Del mismo modo, el artículo 38 CE permite al empresario decidir el período durante el cual ejercer su actividad, acordar su suspensión o incluso el cierre definitivo de la empresa, sin más limitaciones o restricciones que las que le impongan las leyes o la

Administración; aunque, en este último caso, sólo cuando aquéllas recaben su colaboración reglamentaria, por resultar ésta complemento indispensable de la regulación legal, por motivos técnicos, o para optimizar el cumplimiento de las finalidades impuestas por la Constitución o la propia Ley.

En consecuencia, careciendo el Proyecto de la necesaria cobertura legal, no puede someter a autorización la suspensión de actividad en las instalaciones por tiempo no superior a dos años, como hace el artículo 11, letra b), segundo párrafo.

Sí puede, por el contrario, declarar inactiva la explotación, según lo establecido en el artículo 3.7 REGA, y hacerlo constar así en el Registro.

c) En la misma línea de razonamiento y conforme a los mismos argumentos, no puede la Administración prohibir la segregación de una explotación ya inscrita para constituir otra nueva (artículo 5.3 del Proyecto), aunque en este caso las limitaciones que establecen las restantes normas, singularmente las condiciones de ubicación relativas a la distancia mínima exigida entre explotaciones (artículo 36.1 LSA y 4.3 RDOEC), dificultarían y, en muchos casos harían imposible, la segregación o división.

3. Régimen sancionador y reserva de ley.

El artículo 18 del Proyecto, bajo el epígrafe “infracciones”, contiene las siguientes reglas: a) el incumplimiento de lo establecido en el futuro Decreto será sancionado según lo dispuesto en la LSA y en la normativa reguladora del régimen sancionador en materia de defensa del consumidor y productos agroalimentarios; b) remite la atribución de las competencias sancionadoras a lo establecido en otra norma reglamentaria; y c) establece quién será considerado responsable de las infracciones.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, manifestada entre otras en las Sentencias 42/1987 y 305/1993, que el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE, extensible al derecho administrativo sancionador, incorpora una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesariamente legal de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de tales sanciones, por cuanto el término “legislación vigente” contenido en el citado artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

Esta consideración ha tenido plasmación positiva en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), la cual, al regular la potestad sancionadora de la Administración, ha establecido una triple reserva de Ley: a) para la atribución de la potestad sancionadora (artículo 127.1); b) en orden a la tipificación de las infracciones (artículo 129.1); y c) en relación con la delimitación de las sanciones (artículo 129.2).

No obstante, esta garantía no excluye que la norma legal pueda ser completada por otras de rango reglamentario a las que se remita, pero para que ello tenga lugar es preciso que en aquélla se encuentren suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, encontrándose prohibida toda remisión que permita una regulación independiente no subordinada a la Ley. Por consiguiente, la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora sólo

resulta constitucionalmente lícita cuando en la Ley que le ha de servir de cobertura queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

Pero, además, debe cumplirse una inexcusable garantía material, por cuanto las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes deben estar predeterminadas normativamente; esto es, el requisito denominado por el Tribunal Constitucional de “*lex scripta, lex previa y lex certa*” (STC 6/1994, de 17 de enero; FJ 2). La tipificación del ilícito administrativo que exige la garantía material se encuentra integrada, entre otros elementos, por la concreción de las obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento producirá la infracción.

En aplicación de la doctrina expuesta, procede hacer las siguientes consideraciones:

A) Cuando el artículo 18 del Proyecto establece que serán sancionados los incumplimientos de lo en él dispuesto, caben dos interpretaciones:

a) Que pretende establecer una nueva infracción de corte general, cuyo tipo estaría definido por el incumplimiento de cualesquiera normas contenidas en el Proyecto. Ahora bien, ello sería contrario a la exigencia de concreción de las obligaciones y prohibiciones contempladas en el tipo, pues no parece que el incumplimiento de cualquier norma contenida en el Proyecto pueda determinar una infracción y dar lugar a la correspondiente sanción. Así, por ejemplo, las relativas al procedimiento de autorización-inscripción o algunas causas de baja de la explotación en el Registro, que carecen de naturaleza sancionadora.

Podría, entonces, modificarse la redacción para aludir al incumplimiento de cualesquiera obligaciones o prohibiciones contenidas en el Proyecto, pero, aún así, seguiría faltando el requisito de la previa determinación legal de los aspectos esenciales y delimitadores de las conductas típicas. Y es que las únicas infracciones que podrían ser sancionadas por incumplir las obligaciones y prohibiciones contenidas en el futuro Decreto serían aquellas que la propia LSA y el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, tipifican como infracción administrativa.

b) Que no pretenda establecer ninguna nueva infracción administrativa, sino constituir un mero recordatorio o reenvío al régimen disciplinario contenido en la LSA y Real Decreto citado.

En ambas interpretaciones el apartado 1 del precepto resulta redundante, pues la fuerza de obligar de las normas que diseñan el régimen sancionador de las explotaciones cunícolas no depende de su futura previsión reglamentaria, sino de la propia Ley.

B) La extensión del régimen sancionador al titular de las instalaciones, figura no prevista, al menos de forma expresa, en la LSA, obliga a determinar si constituye o no una vulneración de la reserva legal. Debe recordarse que el sujeto responsable forma parte de los elementos integrantes del tipo infractor y, por tanto, ha de entenderse incluido en el ámbito de la reserva de ley. Ahora bien, el artículo 86.1 LSA establece un criterio distributivo de la responsabilidad tan genérico (serán responsables las personas que cometan las infracciones) que exige una necesaria concreción y determinación que permitan su aplicación. Como vimos, éste es el ámbito propio del reglamento ejecutivo, y es lo que hace el Proyecto al especificar quiénes cometen tales infracciones, mediante la puesta en relación de cada mandato de actuación contenido en la norma con el obligado a su cumplimiento. En consecuencia,

no cabe rechazar de plano la delimitación de responsabilidades contenida en el apartado 3, en la medida en que encuentra su fundamento en el indicado precepto legal.

No obstante, con ocasión de esa distribución de responsabilidades, no puede el reglamento presuponer la comisión de infracciones no tipificadas en la normativa sancionadora de referencia, como hace al aludir a una eventual infracción de obligaciones relativas al cambio de titularidad de las instalaciones (artículo 18.3, letra b), entendidas éstas como algo diferente del conjunto de la explotación. Debe en consecuencia eliminarse dicha previsión en tanto que contraría a los principios de tipicidad y legalidad imperantes en el derecho administrativo sancionador.

Del mismo modo, el inciso contenido entre paréntesis en el artículo 18.3, letra b) parece establecer un requisito para proceder a la baja de las explotaciones en el Registro, pues lo que en definitiva indica es que, cuando su causa sea la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 11, letra d) -no 12, como erróneamente indica el inciso en cuestión- del Proyecto, habrá de comunicarse la baja al titular de la explotación y no sólo al de las instalaciones. Una adecuada sistemática en la distribución de contenidos del futuro Decreto debe evitar que, con ocasión de la fijación de responsabilidades a efectos disciplinarios o sancionadores, finalidad que persigue el artículo 18.3 del Proyecto, se establezcan normas adicionales de procedimiento, garantías o requisitos formales para el ejercicio de las potestades administrativas. Por ello, debe suprimirse el inciso entre paréntesis, para trasladar su contenido bien al artículo 11, letra d) del Proyecto –precepto destinado a regular la baja en el Registro–, bien al 12, en la medida en que establece el procedimiento a seguir para efectuar dichas bajas.

C) La exigencia derivada del principio de tipicidad, de predeterminación concreta y clara de las conductas que constituyen el tipo infractor (*lex certa*), se compeadece mal con la expresión “en su caso” utilizada en el artículo 18.3, letra a), como una suerte de criterio de distribución alternativo de la responsabilidad entre el titular de las instalaciones y el de la explotación, sin establecer con la necesaria precisión en qué caso sería responsable uno u otro.

D) Una vía para soslayar los problemas apuntados y que mejoraría el Proyecto en su sistemática, sería establecer claramente en cada precepto que contenga una obligación, quién es el llamado a su cumplimiento. De esta forma, se evitaría tener que distribuir la responsabilidad, a efectos sancionadores, entre los distintos sujetos intervinientes en la actividad ganadera, bastando con el criterio general previsto en el párrafo primero del artículo 18.3, reproducción del contenido en el artículo 86.1 LSA.

4. La potestad reglamentaria del Consejero.

A lo largo del texto (artículos 3.2; 4.1, letra b; y Disposición Final primera) se advierten diversas llamadas a la actividad normativa del Consejero que deben ser contempladas a la luz del régimen establecido por la Ley 6/2004.

El Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de establecer doctrina (por todos, Dictamen 65/2005) acerca de los estrechos límites con que la regulación autonómica enmarca la potestad reglamentaria de los Consejeros. Baste recordar, en síntesis, que el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que su artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”.

Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. La ley regional limita ampliamente dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “*ad extra*”, para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.

Respecto de las relaciones de sujeción especial, y aunque la Exposición de Motivos de la Ley regional alude expresamente como modelo inspirador a la normativa estatal que aboga por una interpretación estricta del artículo 97 de la Constitución, la redacción del artículo 52.1 únicamente podría amparar la regulación de aquéllas por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de relación de sujeción especial, es decir la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía, y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración. Sólo así es posible reconducir la regulación de las relaciones de sujeción especial al ámbito estrictamente organizativo interno de cada Consejería, al que la Ley 6/2004 limita la habilitación reglamentaria del titular de aquélla.

Veamos cada una de las habilitaciones reglamentarias al Consejero, a la luz de la doctrina expuesta:

a) Disposición Final primera.- Habilitación para el desarrollo y aplicación del futuro Decreto, así como para modificar sus Anexos.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, cabría entender incluida en la facultad de desarrollo atribuida al Consejero, desde una habilitación reglamentaria omnímoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos y singulares tendentes a la ejecución del Decreto. La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento. Del mismo modo, el Consejero cuenta con un poder de dirección, gestión e inspección del Departamento del que es titular (artículo 16.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia), cuyo ejercicio ampara todas esas otras actuaciones de carácter no normativo a que podría referirse la Disposición comentada.

En lo tocante a la facultad de modificación de los Anexos, debe ser rechazada en la medida en que supondría desconocer el principio jerárquico normativo, pues se está habilitando una modificación de un Decreto mediante Orden.

En consecuencia, sea por la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar una habilitación de potestad reglamentaria general, sea porque insiste en atribuir al Conseje-

ro potestades que ya posee por mandato de la Ley, la previsión contenida en la Disposición Final primera del Proyecto debería suprimirse.

b) Artículo 3.2.- Habilitación al Consejero para regular el procedimiento de habilitación o autorización de los veterinarios.

Al margen de reiterar el insuficiente rango normativo del Decreto para efectuar habilitaciones reglamentarias, cabría preguntarse si esta previsión sería incardinable en el ámbito puramente organizativo y doméstico de la Consejería, lo que facultaría al Consejero para dictar el referido reglamento. La respuesta es negativa, si se advierte que dicha norma producirá evidentes efectos *ad extra*, en la medida en que incidirá sobre unos profesionales, los veterinarios de las explotaciones cunícolas, que no son funcionarios y, potencialmente, sobre el libre ejercicio de una profesión titulada, en la medida en que la futura orden estableciera requisitos o condiciones para obtener la calificación de veterinario autorizado o habilitado, limitando de esta forma las posibilidades de actuación profesional de tales titulados.

Debe suprimirse, en consecuencia, el último inciso del artículo 3.2 del Proyecto.

c) Artículo 4.1, letra b).- Habilitación al Consejero para establecer “reglamentariamente” el programa vacunal previsto en el Anexo II RDOEC.

La falta de una mayor información acerca del contenido, vigencia y destinatarios de tal programa de control, así como el desconocimiento acerca de si debe ser o no publicado en el Diario Oficial correspondiente, nos obliga a formular esta observación con prudencia, aunque la naturaleza de aquél parece ser la de mero acto administrativo más que un reglamento.

En efecto, *prima facie*, no parece que el establecimiento de un programa de control vacunal tenga un contenido normativo, innovador del régimen de ordenación de las explotaciones cunícolas, sino antes bien parece ser un acto de aplicación del citado régimen, lo que aconsejaría suprimir el adverbio “reglamentariamente”.

Por otra parte, si el control de las vacunaciones a que se refiere el programa ha de ser llevado a efecto por los técnicos de la Administración (veterinarios oficiales u otros), constituiría una medida organizativa de los servicios que no exigiría una habilitación expresa por el Decreto, en la medida en que el Consejero ya ostentaría *ex lege* la competencia para aprobarla.

5. La reproducción de la norma básica en el futuro Decreto.

Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas básicas sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal, como ocurre con los artículos 3.2 y 4.

Especial atención merece el último párrafo del artículo 13.5, en la medida en que podría incidir en las competencias estatales de comercio y sanidad exterior (artículo 149.1, 10ª y 16ª CE), por lo que bien se indica de manera expresa que es reproducción de la normativa estatal, bien se suprime.

QUINTA.- Observaciones de orden particular.

1. Parte expositiva.

– La referencia al artículo del EAMU por el que se confiere a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de ganadería debe ajustarse a la legal, es decir, artículo 10.Uno, 6.

– Debería incorporarse al texto una mención a la competencia de sanidad, pues la futura norma se dicta en ejercicio no sólo de la competencia en materia de ganadería, sino también en el de aquella.

– La referencia a las consultas efectuadas durante la tramitación del Proyecto, como la del “sector afectado”, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16, de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el ámbito regional en defecto de norma propia).

2. Parte dispositiva.

– Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

a) La cita del RDOEC debe hacerse completa, al menos la primera vez que se utiliza en la parte dispositiva de la norma (Directriz 80 de las de técnica normativa).

b) La cita de artículos y apartados concretos de otras normas ha de hacerse en forma decreciente, citando primero el artículo y luego el apartado, de la siguiente forma: “*artículo 1.3 del Real Decreto 1574/2004, de 25 de junio, por el que se establecen normas de ordenación de las explotaciones cunícolas*” (Directriz 68 de las de técnica normativa).

Esta observación es extensible a la cita del artículo 4.1, letra a), contenida en el artículo 3.2.

– Artículo 3. Clasificación zootécnica de las enfermedades.

Si se admite la sugerencia contenida en la Consideración Cuarta de este Dictamen en el sentido de suprimir el último inciso del artículo 3.2, debería modificarse la redacción de dicho apartado en el extremo relativo al veterinario autorizado, pues en la dicción actual (el veterinario autorizado de conformidad con el punto 1.a del artículo 4) parece indicar que este último precepto contiene las normas relativas a la habilitación o autorización de los veterinarios, cuando no es así.

En consecuencia, debería tomarse como modelo el artículo 3.3 RDOEC y redactar el inciso en términos similares a los siguientes: “*el veterinario autorizado a que se refiere el artículo 4.1, a)*”

– Artículo 4. Condiciones mínimas que deben reunir las explotaciones cunícolas.

a) En el apartado 1,a), se prevé la obligación de contar con un programa sanitario básico, “que deberá ser aprobado” por la Dirección General competente. Con esta redacción podría interpretarse que corresponde al referido órgano directivo tanto la elaboración como la aprobación del programa, cuando lo cierto es que aquella corresponde a cada explotación, que debe presentar el programa para su aprobación por la Administración. Para evitar esta errónea interpretación, basta con sustituir la expresión “que deberá ser aprobado” por “que presentarán para su aprobación”.

b) El contenido del programa sanitario básico debe completarse con un programa de eliminación de subproductos de origen animal no destinados al consumo humano, pues los contemplados en el texto (programas de gestión de cadáveres y de estiércol) son insuficientes en orden a entender cumplidas las exigencias de la norma básica. En efecto, el artículo 4.1.a.4ª RDOEC dispone, entre las condiciones higiénico-sanitarias mínimas a adoptar por las explotaciones cunícolas, la existencia de un programa de eliminación higiénica de cadáveres y otros subproductos animales no destinados al consumo humano. Atendida la definición que de tales subproductos efectúa el artículo 2, en relación con los artículos 4, 5 y 6, todos del Reglamento (CE) 1774/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a tales subproductos, existen otros diferentes de los cadáveres y el estiércol.

c) En el apartado 1,b) se indica que los mataderos serán considerados como explotaciones sin calificación. Sería conveniente precisar que ello será a los solos efectos de este Decreto, pues existen otras normas que sí establecen calificaciones para los mataderos, como el Anexo III.2.4 REGA.

d) El apartado 1, d) debería ser más explícito al establecer la exigencia de que el movimiento entre explotaciones se haga teniendo en cuenta la clasificación zootécnica, pues en los términos en que se expresa el precepto no se alcanza a entender si lo que se establece es que los animales y el semen sólo se pueden mover entre explotaciones con la misma calificación zootécnica, lo que sería absurdo en algunos supuestos (explotaciones de selección o centros de inseminación artificial, por ejemplo), o bien que su movimiento sólo será el previsto en el artículo 3 RDOEC (al que debería remitirse el Proyecto mejor que a su propio artículo 3), es decir, que de las explotaciones de selección sólo pueden pasar a las de multiplicación y de éstas a las de producción.

Si lo que se pretende es establecer esta última regla, debería quedar expresamente plasmada en la redacción del precepto.

e) El apartado 1, g) dispone que el registro de tratamientos medicamentosos habrá de conservarse en la explotación durante un “*máximo*” de tres años, cuando lo más lógico sería establecer ese período como mínimo. Así mismo, sería conveniente establecer el *dies a quo* o momento inicial del cómputo de dicho plazo.

f) El apartado 1, j) reproduce la norma contenida en el artículo 4.1.i) RDOEC, pero omite la excepción que la norma básica establece respecto de los mataderos, los cuales no vienen obligados a observar el mismo programa sanitario básico autorizado para la agrupación de defensa sanitaria cunícola implantada en el área en la que se ubiquen. Debe, en consecuencia, añadirse dicha excepción.

g) En el apartado 2, g) se establece la exigencia de contar con sistemas de desinfección de las ruedas de los vehículos que accedan a la explotación, mientras que el artículo 4.2.b RDOEC exige que tales sistemas lo sean para la limpieza y desinfección tanto de las ruedas como del calzado de los operarios y visitantes. En el Proyecto, debe extenderse al calzado esta exigencia.

h) El apartado 2, g) prevé que la cuarentena se realizará en un lugar distinto del lazareto “cuando se trate de *explotaciones calificadas sanitariamente*”. En rigor, de conformidad con el artículo 4.1.c) y el Anexo II RDOEC, toda explotación cunícola tiene que estar calificada sanitariamente, aunque sea en la categoría “explotación sin calificación”, por lo que el pre-

cepto propuesto ganaría en precisión si la norma se refiriera a explotaciones sanitariamente “calificadas como indemnes u oficialmente indemnes”.

– Artículo 8. Cambios de orientación productiva.

El apartado 3 podría completarse precisando que de conllevar nuevas construcciones o un incremento de superficie disponible, tendrán la consideración de ampliaciones, sujetándose a su régimen.

– Artículo 10. Cambio de titularidad de las instalaciones cunícolas.

El párrafo situado inmediatamente a continuación de la letra c) del apartado 3, debería numerarse como apartado 4.

– Artículo 11. Bajas y cancelaciones de las inscripciones en el Registro.

De conformidad con el informe del Servicio de Sanidad Animal valorativo de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, las anotaciones aludidas en el primer párrafo del precepto son las correspondientes a la suspensión e inactividad temporal de las explotaciones, lo que debería incorporarse al texto normativo para que éste ganara en precisión y claridad.

– Artículo 12. Tramitación y resolución.

a) Como quiera que lo regulado en el precepto es el procedimiento tendente a la autorización e inscripción en el Registro, su denominación más precisa sería la de “procedimiento”.

b) Debería prever un trámite de audiencia, máxime cuando, de conformidad con su apartado 1, el procedimiento dibujado en este artículo será de aplicación a lo que el Proyecto denomina bajas en el Registro (artículo 11 del Proyecto) y que, al igual que ocurría con los trámites tendentes a la inscripción, que dibujan un verdadero procedimiento autorizatorio, ahora, al establecer los motivos que pueden dar lugar a aquellas bajas, en realidad, se están fijando causas de revocación de la autorización, singularmente las contempladas en el artículo 11,d).

c) En el apartado 3, debería contemplarse el otorgamiento de un plazo para subsanar las deficiencias que pudiera advertir la Inspección.

– Artículo 14. Libro de Registro de Explotación Cunícola de la Región de Murcia.

El apartado 4 establece las condiciones de validación del documento, por lo que su ubicación más adecuada podría ser el artículo 16 del Proyecto, destinado a disciplinar su diligenciado y cumplimentación. Con ello, además, se podría evitar la aparente redundancia que en la redacción actual se aprecia entre los referidos artículos 14.4 y 16.1.

– Artículo 16. Diligencia oficial del L.R.C. y cumplimentación del mismo.

El apartado 3 debería completarse con la indicación o enumeración de los supuestos que conlleven la necesidad de abrir un nuevo Libro de Registro, evitando la indeterminación que introduce en el precepto el uso de la expresión “cuando sea necesario”.

– Artículo 18. Infracciones.

La remisión interna que el apartado 3, letra b) efectúa al artículo 12, letra d) del Proyecto debe referirse al 11, letra d).

– Disposición final segunda.

Carece el expediente de justificación alguna que exija la inmediata entrada en vigor del futuro Decreto. En consecuencia, la *vacatio legis*, cuya finalidad es posibilitar a los operadores jurídicos el conocimiento de la norma antes de su entrada en vigor, debería ser la ordinaria, es decir, veinte días desde su publicación, de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma goza de competencia material para aprobar el futuro Decreto, de conformidad con lo señalado en la Consideración Tercera y con las matizaciones efectuadas en la Consideración Quinta acerca del artículo 13.5 del Proyecto.

SEGUNDA.- Tienen carácter esencial las observaciones relativas a los siguientes preceptos: artículos 3.2; 4.1, letras a) e i); 4.2, letra g); 5.3; 10.1; 11, letra b); 18.3, letra b); y Disposición Final primera.

TERCERA.- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 138/07.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. I. L. S.L., por la obras de construcción de la Biblioteca Municipal en Santiago el Mayor (Murcia).

Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 15/10/07

Extracto de Doctrina

El incumplimiento del contrato por el contratista en la esencial obligación de ejecutar la prestación a que se obligó (art. 111, e) TRLCAP), ha de considerarse plenamente imputable a éste, lo que permite que la Administración acuerde su resolución; y, en tal caso, que deba determinar la pérdida de la garantía definitiva prestada en su día por aquél, pues así lo establece el artículo 113.4 TRLCAP, conforme, además, con el criterio jurisprudencial que establece que “en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista, la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si, además, puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización, es decir, la indemnización se produce además de la pérdida de la fianza, siendo así viable la exigencia de responsabilidad ultra vires cautionis” (STS, Sala 4ª, de 14 de marzo de 1988)

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de enero de 2007 se formalizó contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento de Murcia y la mercantil “C. I. L., S.L.” para la ejecución por esta última de las obras de construcción de la Biblioteca Municipal en Santiago el Mayor (Murcia), conforme al proyecto redactado y aprobado por el Ayuntamiento, por un importe de 845.551 euros y un plazo de ejecución de 12 meses, a contar desde el día siguiente al de la firma del Acta de comprobación del replanteo, que fue extendida, con carácter favorable y de conformidad entre las partes, el 14 de marzo de 2007.

SEGUNDO.- El 1 de junio de 2007, el Arquitecto Municipal Director de las obras remite oficio al Servicio de Contratación, Suministros y Patrimonio manifestándole que, tras la firma de la citada Acta y la colocación del vallado en el solar, la empresa no había comenzado las obras, sin justificación alguna.

TERCERO.- Mediante escrito registrado en el Ayuntamiento el 6 de junio siguiente, la empresa manifestó, entre otros extremos, lo siguiente:

“En el análisis económico que compartimos con ustedes, analizamos la problemática que sufría el proyecto. Tras ponernos en contacto con el suministrador que les asesoró para elaborar el precio de la fachada, nos sorprendió comprobar que el coste unitario de la misma se realizó con unas hipótesis de mediciones erróneas, con lo que dicho coste unitario quedó reducido a la mitad del real en aquel momento. Recordemos que el proyecto fue visado en 2005. En añadidura, el acero (componente importantísimo de dicha unidad) ha subido de precio entre un 40% y un 50%. A este hecho, tenemos que añadir el enorme desfase que se aprecia entre la cuantía de diversos precios y el coste real de las unidades correspondientes”.

Ello llevaba a la empresa a considerar que debían adoptarse las soluciones técnicas y presupuestarias necesarias para mantener el equilibrio económico-financiero del contrato, pues en otro caso su ejecución le llevaría al colapso económico.

CUARTO.- Mediante oficio de 11 de junio de 2007, el Director de la Oficina del Gobierno Municipal requiere a la empresa para que, en el plazo de cinco días, dé comienzo a las obras, pues de lo contrario se procedería a la imposición de multas coercitivas diarias o a la tramitación del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, con pérdida de la fianza prestada e indemnización de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento; para la hipótesis de no cumplimiento del requerimiento de comienzo de las obras, se otorgaba ya a la empresa un plazo de diez días para que, en tal caso, formulara alegaciones.

QUINTO.- Mediante escrito registrado el 15 de junio siguiente, la contratista reitera que el proyecto presenta hipótesis erróneas en el cálculo de algunos precios unitarios que hacen la obra económicamente inviable, sin mayores concreciones, y que la firma del acta de comprobación del replanteo no supone la asunción de las deficiencias del proyecto, por lo que el incumplimiento del contrato no le sería imputable.

SEXTO.- Solicitado informe a la Dirección Facultativa municipal sobre las alegaciones de la empresa, el Arquitecto Jefe de la Oficina Técnica de Arquitectura, mediante escrito de 21 de junio de 2007, manifestó lo siguiente:

“La empresa no aporta ningún argumento que justifique las alegaciones de “hipótesis erróneas en el cálculo de algunos precios unitarios que hacen la obra de referencia eco-

nómicamente inviable” (en referencia al precio unitario de la fachada según un escrito anterior).

Al respecto, recordar que las obras se adjudicaron mediante subasta en procedimiento abierto, que se presentaron siete ofertas, que esta empresa realizó una baja del 15,02% al Presupuesto Base de Licitación, que los precios de las distintas unidades de obras están calculados conforme el artículo 130 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que toda la documentación del proyecto, incluyendo los precios unitarios que ahora considera erróneos, estaban a disposición de la empresa para su estudio y preparación de la oferta (baja del 15,02%) que a la postre resultó adjudicataria.

En consecuencia, se considera que la empresa no ha presentado justificación alguna respecto a su no imputación en el incumplimiento contractual.”

SÉPTIMO.- Solicitada a dicha unidad administrativa un nuevo informe sobre la liquidación de obras ejecutadas y valoración de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera de indemnizar el contratista al Ayuntamiento, mediante escrito de 16 de julio de 2007, el referido técnico municipal expresó lo siguiente:

“Que el proyecto licitado fue objeto de expediente de contratación mediante SUBASTA pública en el que concurrieron siete ofertas. El proyecto fue examinado por todos los licitadores con anterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, sin manifestarse por parte de ninguno objeción al respecto, no considerándose por este Servicio que existan en dicho proyecto errores de cálculo sustanciales.

Con respecto a la liquidación de posibles obras ejecutadas, se estima que no se ha producido ningún gasto por parte de la empresa.

En su consecuencia, se considera que no existe justificación alguna para la no realización de las obras, produciéndose un incumplimiento contractual imputable al contratista con grave perjuicio para el interés público.

Valorados los daños ocasionados al interés público, dados los perjuicios derivados del tiempo transcurrido y la necesidad de que se ejecuten las obras por parte de otra empresa, “C. J. G., S.A.”, que presentó la segunda mejor oferta en la subasta tramitada en su día, por un importe de 888.336,00 euros, éstos se valoran en la diferencia entre la oferta en su día presentada por “C. I., S.L.” y la oferta presentada por “C. J. G., S.A.”, siendo por tanto la diferencia de 43.000,00 euros.”

OCTAVO.- Mediante oficio de 25 de julio siguiente se otorgó el preceptivo trámite de audiencia a la entidad H. E., prestadora del seguro de caución constituido en su día por la contratista para constituir la garantía definitiva exigida por importe de 33.822'04 euros (carta de pago nº X), al ser parte interesada en el procedimiento, sin que conste la presentación de alegaciones.

NOVENO.- El 27 de julio de 2007, el Concejal Delegado de Presidencia formula propuesta, a elevar a la Comisión de Gobierno municipal, para declarar la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista, conforme con lo expresado en los informes emitidos, con pérdida de la garantía prestada por ésta y la obligación de la misma de indemnizar al Ayuntamiento, además, en la cantidad de 9.177'96 euros, por ser la diferencia existente entre las cantidades de 43.000 y 33.822'04 euros antes citadas; asimismo, se propone dar traslado del acuerdo de resolución del contrato a la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa, a los efectos previstos, en su caso, en el artículo 33.3, b) del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). En la misma propuesta, se incluye la determinación de adjudicar el contrato a la mercantil “C. J. G., S.A.”, por la cantidad que esta empresa ofreció en su día, 888.336 euros, según compromiso de la misma manifestado a estos efectos en su escrito de 17 de julio de 2007, obrante en el expediente remitido.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 5 de septiembre de 2007, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de resolución de un contrato administrativo habiéndose formulado oposición por el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en los artículos 59.3, a) TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha cumplido con lo establecido en el artículo 97 del Reglamento del TRLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, considerando como informe jurídico municipal, allí requerido, la propuesta de resolución formulada por el Jefe del Servicio de Contratación, Suministros y Patrimonio, luego asumida por el Concejal Delegado de Presidencia, a elevar, en su caso, a la Comisión de Gobierno Municipal, y que constituye el objeto del presente Dictamen (f. 107 a 111 exp.).

No obstante lo anterior, debe hacerse la oportuna salvedad en lo que se refiere a la determinación contenida en dicha propuesta sobre la obligación del contratista de indemnizar al Ayuntamiento en la cantidad de 9.177'966 euros, reseñada en el Antecedente Noveno, pues sobre tal extremo no se ha otorgado al contratista un previo (y preceptivo) trámite de audiencia, no siendo suficiente a estos efectos la audiencia que se le otorgó cuando fue requerido para ejecutar las obras y se le advirtió que, de no ejecutarlas, podría darse lugar a la resolución contractual y a su obligación de indemnizar al Ayuntamiento por los daños y perjuicios causados, pues tal requerimiento resultaba inconcreto respecto del “*quantum*” indemnizatorio en lo que pudiera exceder del importe de la fianza, de cuya incautación y pérdida entonces se le advertía.

En este sentido, y para un supuesto análogo, la STS, Sala 3ª, de 17 de noviembre de 1992, señaló que *“no puede estimarse como pertinente en Derecho la declaración de una obligación a cargo del contratista en un expediente administrativo sin otorgar audiencia a quien resulta obligado, art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, audiencia que no puede entenderse cumplida, sean cuales fueren a juicio de la Administración los datos adverados acerca del mayor coste que ha comportado un nuevo contrato para poder culminar la obra no terminada por el recurrente; ya que la contratista “I. SA”, en la pieza*

separada incoada para la determinación del importe de la indemnización, es en el tiempo anterior a su cuantificación cuando debe ser oído lo que en defensa de sus intereses legítimos estimare procedente, (sic) formulando al efecto el juicio técnico que le merece el precio de la nueva adjudicación, y los otros condicionantes de la obligación que dimana de la resolución de contrato ya firme por incumplimiento del contratista, según lo dispuesto en el art. 53-I de la Ley de Contratos del Estado de 8-4-1965, trámite que no puede entenderse cumplimentado a posteriori como pretende la apelante, dado que los términos en que se plantea la concreción de unos daños y perjuicios, en base a un juicio esencialmente técnico, y apreciables en función de las circunstancias (que) concurren en orden a la nueva contratación y requisitos observados en la misma, no pueden determinarse sin que exista un pronunciamiento expreso de la Administración en el que se recojan también los alegatos del obligado al pago de la indemnización y las pruebas practicadas sobre la existencia y cuantificación de los daños y perjuicios”.

Lo anterior, sin embargo, no impide la emisión de Dictamen sobre el fondo del asunto en lo que constituye el objeto propio del mismo con el carácter preceptivo legalmente asignado, que es la procedencia o no de la resolución contractual por culpa del contratista y la pérdida de la fianza, pues éstos son los únicos pronunciamientos que necesariamente debe incluir la resolución del presente procedimiento, según se desprende del artículo 113.5 TRLCAP, pudiendo quedar para un momento posterior lo relativo a la determinación de una indemnización adicional a la pérdida de la fianza, a cuyo fin, conforme con la Sentencia transcrita, el Ayuntamiento deberá otorgar al contratista un trámite de audiencia previo al acto que, en su caso, acuerde la referida obligación indemnizatoria adicional, siguiendo con ello el proceder que se deduce del artículo 113 del Reglamento del TRLCAP. (En este sentido, vid. también la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de mayo de 2003, f.j. 6º).

TERCERA.- Procedencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista con pérdida de la fianza prestada por éste.

I. Según se desprende de los Antecedentes reseñados, es patente el incumplimiento del contrato por el contratista, que no ha comenzado las obras (más allá de la colocación de un vallado en el solar en cuestión) y que manifestó su propósito de no ejecutar el contrato si éste no se modifica en lo atinente a los precios de algunas unidades de obra, de las que sólo concreta la referente a la fachada. Considera que el proyecto adolece de un error en la determinación del precio de dicha unidad de obra, error que trae causa, según dice, de un error de medición del proyecto sobre las unidades relativas a dicha fachada. Además, añade que uno de los factores que integra el coste de tal unidad de obra, el acero, ha experimentado una sustancial subida de precio, lo que le hace inviable económicamente la ejecución del contrato. Asimismo, manifiesta que el presupuesto del proyecto no contempla el coste del cuadro eléctrico general ni el cuadro eléctrico de la instalación de ascensores.

II. Comenzando por estas últimas omisiones, debe decirse que en los informes del Arquitecto municipal no se aborda la cuestión, lo que suscita la duda acerca de la realidad de la alegación del contratista y de su incidencia en la ejecución del contrato, centrándose el citado informe en el alegado error del proyecto. A este respecto debe decirse que, incluso en la hipótesis de que en el proyecto y, en concreto, en su presupuesto, no se hubiera recogido el coste de los citados cuadros eléctricos, y éstos fueran de obligada ejecución por el contratista, ello no relevaría a la empresa de la obligación de ejecutar la obra, incluidos los referidos cuadros eléctricos, si bien, como es lógico, tendría derecho a la oportuna modifi-

cación del proyecto y del contrato, para fijar contradictoriamente tales precios. Sin embargo, es patente que la empresa no sólo no ha ejecutado tales cuadros, sino que se niega siquiera a comenzar la obra, lo que lleva a la convicción de que la cuestión central estriba en los alegados errores en el precio de la unidad de obra de la fachada y de otras unidades que no se concretan, alegación que procede analizar a continuación.

III. A este respecto debe señalarse, tal y como expresan los informes del Arquitecto municipal reseñados en los Antecedentes, que no aparece justificado el error de medición del proyecto al que se refiere el contratista, que se limita a realizar una invocación genérica en tal sentido; e incluso en la mera hipótesis de aceptar tal error de medición, no justifica que éste hubiera influido en el coste de la unidad de obra en cuestión del modo en que ello es alegado por la empresa, es decir, provocando que el importe de dicho coste unitario fijado en el presupuesto del proyecto represente la mitad de su coste real.

En este sentido, resulta inadmisibles que la contratista no haya siquiera dado comienzo a las obras del contrato, tal y como estaba obligada, sin perjuicio de que si consideraba fundadas sus alegaciones sobre el mencionado error del proyecto y presupuesto contractual, hubiera promovido, además (pero ya ejecutando la obra), la oportuna modificación del contrato; o bien, instar la resolución del mismo, en el caso de que considerara que el pretendido error material del proyecto suponía un incremento del precio del contrato superior al 20 por 100, conforme posibilita el artículo 149, d) TRLCAP. Sobre este último supuesto, el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de octubre de 2002 (exp. 2517/2002), señala que *“han de tratarse de errores materiales, de una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, dejando fuera apreciaciones o valoraciones de prueba o interpretación o calificaciones jurídicas. Por ello, ha sido interpretado de forma muy estricta este supuesto por la incidencia negativa que puede tener su aplicación en la efectividad de los principios esenciales de la contratación administrativa, como la concurrencia de los licitadores o el principio de riesgo y ventura que preside la ejecución del contrato de obras, puesto que el adjudicatario del contrato ha de conocer y aceptar el proyecto y presupuesto de contratación y las cláusulas administrativas al aceptar la adjudicación a su favor, habiéndose negado reiteradamente la jurisprudencia a que se espere a un momento posterior a la perfección del contrato para discutir los precios establecidos en él (SSTS 6 de noviembre de 1997 y 30 de junio de 1997). Es doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo que el contrato de obras se realiza a riesgo y ventura del contratista, que puede obtener una ganancia mayor o menor o incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos (STS 30 de abril de 1999). Finalmente, se impone una interpretación estricta del precepto para evitar que el contratista pueda desvincularse del contrato evitando las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento contractual sólo a él imputable”*.

Conforme con lo anterior, al contratista le hubiera sido exigible acreditar cumplidamente que los posibles errores en las mediciones de las unidades de obra correspondientes a la fachada del edificio resultaban tan importantes que, en razón del diferente número de unidades a ejecutar, el precio unitario de esa partida en el mercado (considerando en este punto un promedio razonable de los suministradores del producto, y no sólo uno de ellos), hubiera sido otro tan distinto que hubiera provocado una variación del 20 por 100 del precio contractual y, en tal caso, haber instado formalmente la resolución del contrato. O bien, como se dice, si la hipotética variación del presupuesto no alcanzase tal porcentaje, comenzar la ejecución de las obras y solicitar la oportuna modificación contractual, pero nunca, como hizo, permanecer inactivo, dejando transcurrir el plazo del contrato hasta que fuera la Administración quien le requiriera para dar comienzo a la ejecución de las obras,

negándose a ello y dando lugar, así, a un patente incumplimiento de la obligación esencial que le correspondía.

IV. Tampoco puede justificar su incumplimiento el hecho, también alegado por la contratista, de que el proyecto se aprobase en el año 2005 y que el acero haya experimentado una importante subida de precio, pues la empresa presentó su oferta en noviembre de 2006 declarando aceptar el clausulado del contrato, cuyo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares excluye expresamente la revisión de precios, dada la duración de aquél, conforme con lo establecido en el artículo 103 TRLCAP (Cláusula 4 del Pliego, folio 8 del expediente).

V. En suma, y citando literalmente el reseñado Dictamen del Consejo de Estado (en un supuesto en que el contratista, al menos, había instado la resolución contractual, lo que en nuestro caso ni siquiera se produjo, según hemos señalado), *“de los antecedentes se deduce con toda claridad que la solicitud de resolución se hace por considerar la contratista que la ejecución de la obra, al precio propuesto por ella (en la oferta aceptada en su día por la Administración), le hace incurrir en pérdidas. Sin embargo, esta circunstancia, incluso de ser cierta, no puede servir de base para solicitar la resolución del contrato por un presunto error material del presupuesto de la obra como si éste hubiera condicionado necesariamente su oferta. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de enero de 1992, ha manifestado que este precio alzado es un dato que puede generar un beneficio o perjuicio según el contratista haya acertado o no en el cálculo previo del precio, pero ello no impide que los contratos administrativos no deban ser cumplidos a tenor de sus propios términos. Y ello salvo que se dieran las circunstancias legales para solicitar la revisión de precios o si el contratista, para evitar mayores pérdidas, resolviera unilateralmente el contrato con pérdida de la correspondiente fianza. Lo contrario sería desconocer que el Pliego de Condiciones aceptado por el contratista es la norma fundamental aplicable a ese contrato (STS 4 de octubre de 1982), que el Pliego vincula al contratista (STS 29 de mayo de 1986), y que el contrato administrativo es inalterable y no puede variarse unilateralmente (STS 30 de diciembre de 1980), y ello tanto por el respeto a la buena fe como también por el principio civil de que el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (STS 7 de junio de 1982)”*.

Por todo ello, el incumplimiento del contrato por el contratista en la esencial obligación de ejecutar la prestación a que se obligó (art. 111, e) TRLCAP), ha de considerarse plenamente imputable a éste, lo que permite que la Administración acuerde su resolución; y, en tal caso, que deba determinar la pérdida de la garantía definitiva prestada en su día por aquél, pues así lo establece el artículo 113.4 TRLCAP, conforme, además, con el criterio jurisprudencial que establece que *“en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista, la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si, además, puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización, es decir, la indemnización se produce además de la pérdida de la fianza, siendo así viable la exigencia de responsabilidad ultra vires cautionis”* (STS, Sala 4ª, de 14 de marzo de 1988), si bien esta última responsabilidad debe acordarse por la Administración, en el caso de que proceda, previa audiencia del interesado, en los términos indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen, es decir, en un procedimiento posterior, el cual, al no versar ya propiamente sobre la resolución contractual ni la incautación y pérdida de la garantía, no requerirá el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede resolver el contrato administrativo de referencia, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación y pérdida de la garantía definitiva prestada por éste, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen. Por ello, en estos pronunciamientos, la propuesta de resolución sometida a consulta se informa favorablemente.

SEGUNDA.- No procede declarar la obligación del contratista de indemnizar al Ayuntamiento en la cantidad adicional de 9.177'96 euros a que se refiere el apartado tercero, penúltimo párrafo, de la parte dispositiva de la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen, por las razones expresadas en la Consideración Segunda del mismo, sin perjuicio de lo que el Ayuntamiento acuerde en un procedimiento posterior al presente. Por ello, el referido apartado de la propuesta objeto de consulta se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 139/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la CARM.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 15/10/07

Extracto de Doctrina

La LSRM tiene por objeto la regulación, con carácter general, de todas las acciones que permitan hacer efectivos el derecho a la protección de la salud, la calidad de vida y la atención al ciudadano, reconocidos en el artículo 43 y concordantes CE y la ordenación de los servicios sanitarios (artículo 1). Entre los principios informadores de la actuación sanitaria destacan los de universalización de la asistencia sanitaria y mejora continuada de su calidad (artículo 2, apartados b y e).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de noviembre de 2006, el Director General de Salud Pública eleva a la Consejera de Sanidad propuesta para la aprobación de un Proyecto de Decreto por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Además de un borrador del referido texto, acompañan a la referida propuesta los siguientes documentos:

a) Memoria justificativa, realizada por el Director General de Asistencia Sanitaria del Servicio Murciano de Salud, que justifica la nueva regulación en la conveniencia de contar con desfibriladores en lugares de gran concurrencia de público, lo que permitirá reducir sensiblemente el tiempo de reacción frente a una parada cardíaca, elevando las posibilidades de supervivencia sin secuelas de los afectados. Asimismo, se permite integrar en la cadena de supervivencia a los efectivos de los servicios de emergencias no sanitarios (policía, bomberos, personal de seguridad). Se afirma que *“si la desfibrilación precoz mejora la supervivencia de la muerte súbita de origen cardíaco, el incremento de la disponibilidad y acceso a los desfibriladores permite una desfibrilación más rápida y, por tanto, un mejor pronóstico en sus secuelas”*.

b) Memoria económica, que estima el coste de la puesta en funcionamiento de las medidas contempladas en el futuro Decreto en 22.100 euros, sin que ello tenga en la actualidad repercusión presupuestaria alguna, ya que se aplicarán medios económicos y personales ya disponibles de la Consejería de Sanidad.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de diciembre de 2006, se emite informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Sanidad. Tras relatar los antecedentes y analizar la competencia material y orgánica que se ejercita, indica el procedimiento a seguir en la tramitación del Proyecto, concluyendo en sentido favorable al texto, advirtiendo no obstante, acerca de la necesaria audiencia a los sectores afectados.

TERCERO.- El Consejo de Salud de la Región de Murcia, en sesión de 9 de enero de 2007, informa favorablemente el Proyecto.

Consta, asimismo, el informe favorable de la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos, por delegación del Consejo Asesor Regional de Consumo de la Región de Murcia.

CUARTO.- Según consta en el informe de la Vicesecretaría, de 28 de febrero de 2007, se ha consultado a los siguientes organismos, entidades y Departamentos: Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia (CROEM), Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Lorca, Consejería de Educación y Cultura, Consejería de Trabajo y Política Social, Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, Delegación del Gobierno de la Región de Murcia, Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, Consejería de Industria y Medio Ambiente, Consejería de Agricultura y Agua, Consejería de Economía y Hacienda, Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas, Consejería de Presidencia, y Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, sin que los siete primeros hayan efectuado manifestación alguna respecto al Proyecto.

Del resto, algunas Consejerías han remitido informes de sus respectivos Servicios Jurídicos, en los que se formulan observaciones de carácter sobre todo formal, insistiendo en aspectos de técnica normativa.

La Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Murcia formula una sugerencia al artículo 9 del Proyecto, en el sentido de refundir los tres registros allí previstos en uno solo.

QUINTO.- Con fecha 25 de mayo de 2007, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe en el que pone de manifiesto la omisión del preceptivo informe de impacto de género y sugiere una regulación más detallada del procedimiento para conceder las autori-

zaciones que son objeto de regulación en el Proyecto. Asimismo, aconseja la incorporación de una previsión acerca de las facultades de inspección y control que deben corresponder a la Administración sanitaria sobre las autorizaciones concedidas.

SEXTO.- El 15 de junio se incorpora al expediente un informe de impacto de género que manifiesta la ausencia de medidas en el Proyecto que impliquen diferencias entre hombres y mujeres o discriminación alguna por razón de sexo.

SÉPTIMO.- A los folios 80 a 90 del expediente, consta un texto que, según el índice de documentos, constituye la copia autorizada del texto definitivo del Proyecto.

En tal estado de tramitación y tras la incorporación de los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de junio de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al ser la norma objeto de consulta desarrollo reglamentario de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (LSRM).

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

Dispone el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia que, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1,16ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva para la fijación de las bases y la coordinación general de la sanidad.

Ese marco básico lo constituye la LGS, cuyo objeto es la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución (artículo 1.1). Del mismo modo, el artículo 6.1.4 de la ley básica establece que las actuaciones de las administraciones sanitarias se orientarán a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.

Ya en el ámbito regional, la LSRM tiene por objeto la regulación, con carácter general, de todas las acciones que permitan hacer efectivos el derecho a la protección de la salud, la calidad de vida y la atención al ciudadano, reconocidos en el artículo 43 y concordantes CE y la ordenación de los servicios sanitarios (artículo 1). Entre los principios informadores de la actuación sanitaria destacan los de universalización de la asistencia sanitaria y mejora continuada de su calidad (artículo 2, apartados b y e).

Tales son las referencias legales en las que ha de basarse el desarrollo reglamentario objeto de consulta, ante la ausencia en la Ley de un previsión específica de las medidas normativas que se pretenden adoptar. En cualquier caso, tratándose de un Proyecto de

Decreto que pretende regular el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico, fijar los requisitos de formación de quienes vendrán habilitados para utilizarlos y la acreditación de las entidades que pueden impartir esta formación y evaluar la capacidad del alumnado, cabe concluir que nos encontramos ante el ejercicio de potestades de intervención pública que el ordenamiento jurídico reconoce sobre la salud, en sus dimensiones individual y colectiva, con base en el precepto estatutario indicado, constituyendo desarrollo normativo tanto de legislación básica como autonómica en materia de sanidad.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

En términos generales, los trámites seguidos por la Consejería consultante en orden a la elaboración y aprobación del futuro Decreto se adaptan a las exigencias contenidas en el artículo 53 de la Ley 6/2004, sin perjuicio de efectuar las siguientes observaciones:

a) No se ha motivado en el expediente la decisión acerca del procedimiento elegido para dar audiencia a los ciudadanos, como prescribe el referido artículo en su apartado 3, letra b).

Adquiere cierta relevancia dicha omisión toda vez que no consta que se haya dado audiencia a los colegios profesionales sanitarios, singularmente al de Médicos y al de Diplomados en Enfermería, cuando el objeto de la norma es susceptible de afectar a los intereses profesionales que les incumben. Singularmente, en el caso de los Diplomados en Enfermería, a quienes, de conformidad con la redacción actual del Proyecto, no se les considera capacitados para el uso de los desfibriladores a pesar de estar en posesión de una titulación académica sanitaria, exigiéndoles una formación previa y su acreditación, como al resto de personal no médico. Es de significar que tal opción normativa no es compartida por todas las Comunidades Autónomas que han regulado el uso de los desfibriladores externos, toda vez que tanto Aragón (Decreto 229/2006, de 21 de noviembre, artículo 4) como el País Vasco (Decreto 8/2007, de 23 de enero, artículo 3) consideran acreditados para el uso de los desfibriladores a quienes estén en posesión de los títulos de Licenciado en Medicina y Cirugía o de Diplomado universitario en Enfermería.

En cualquier caso, la presencia de representantes de estos colegios profesionales en el Consejo de Salud de la Región de Murcia (artículo 11.1.g, LSRM), órgano de participación social en la Consejería de Sanidad y que interviene en el procedimiento de elaboración de la futura disposición mediante la emisión de su informe favorable, permite relativizar el efecto de la falta de audiencia a las referidas Corporaciones, sin perjuicio de advertir la conveniencia de haber contado con su participación, a través de su consulta directa.

b) No cuenta el expediente con una valoración de las alegaciones formuladas por los diversos órganos informantes, lo que impide conocer los razonamientos que llevan a los redactores del Proyecto a incorporar algunas de ellas a los sucesivos borradores y a rechazar otras.

c) Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia se verá afectada por el futuro reglamento (artículo 53.1 Ley 6/2004). En cualquier caso dicha omisión es

coherente con la ausencia en el texto de la disposición derogatoria, exigida por el artículo 53.5 de la Ley 6/2004, toda vez que no existe regulación regional alguna en la materia.

CUARTA.- Observaciones al texto.

– Exposición de Motivos.

1. La cita de la LGS no debe circunscribirse a su artículo 6.4, pues el precepto que fija como objeto de la Ley el de la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, es el artículo 1.1.

2. Del mismo modo, la referencia a los principios que el artículo 2 LSRM proclama como informadores de los medios y actuaciones de los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, debería completarse con el de la participación comunitaria (art. 2, f), en su dimensión de colaboración de la sociedad civil en la consecución de la mayor eficacia y extensión del derecho a la protección de la salud, que no queda circunscrito a los medios y recursos del Sistema Nacional de Salud, sino que permite la intervención reglada de los particulares en aras de una verdadera atención integral.

3. De conformidad con el último párrafo de la parte expositiva, el que precede de manera inmediata a la fórmula promulgatoria, se hace necesaria la creación de un registro, mientras que el artículo 9 menciona tres registros. Deben coordinarse ambas partes del texto, bien mencionando la pluralidad de registros en la exposición de motivos, bien previendo el articulado un único registro con tres secciones.

– Artículo 1. Objeto.

Debería añadirse, como objeto de regulación en el Proyecto, la acreditación de los centros que pueden impartir el programa de formación y evaluar la capacitación del personal no médico para usar los desfibriladores.

– Artículo 4. Comunicación de instalación de desfibriladores semiautomáticos externos.

Prevé el apartado 1, letra e) que, junto a la comunicación a la Administración de la instalación del dispositivo, habrá de acompañarse una póliza de seguro de responsabilidad civil por los daños que eventualmente pudieran derivar de su uso.

De los restantes ordenamientos autonómicos, tan solo la Comunidad Autónoma de Canarias prevé esta exigencia. Su amparo legal ha de buscarse en el artículo 25.2 LGS, que admite el establecimiento de requisitos mínimos para el uso de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud, y parece evidente que el uso de un aparato capaz de efectuar una descarga eléctrica hábil para alterar la frecuencia cardíaca es incardinable en dicha categoría.

Ahora bien, dicha previsión resulta innecesaria en el caso de desfibriladores instalados en organismos o instituciones públicas, pues las personas capacitadas para su uso serán agentes de tales entidades y los eventuales daños que pudieran causar estarían cubiertos por la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los términos del artículo 106 CE y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que la imputación del daño que se pudiera causar en tales supuestos correspondería a la entidad pública titular del desfibrilador.

Del mismo modo, la previsión del seguro cuando el dispositivo se encuentra instalado en el domicilio particular de quienes padezcan enfermedades cardiovasculares, además de parecer desproporcionada atendido el ámbito doméstico en que se utilizará el dispositivo, puede resultar extremadamente gravosa en términos económicos.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que quizás debería reconsiderarse la referida previsión, al menos respecto de los organismos y entidades públicas y domicilios particulares. De hacerlo, habría que matizar también la previsión del artículo 5, letra c) del Proyecto.

– Artículo 5. Instalación y mantenimiento de los desfibriladores.

El apartado a) prevé la colocación de un cartel indicativo de la existencia y ubicación del desfibrilador. Quizás sería oportuno establecer unas pautas, siquiera mínimas, respecto de su aspecto, dimensiones, leyenda, etc.

– Artículo 7. Programa de formación.

Aunque ya el artículo 6.1 anticipa que la formación que prevé el Proyecto comprende un curso inicial y otro de actualización o reciclaje, el precepto reglamentario dedicado expresamente al referido programa de formación debería reflejar la existencia de ambos tipos de curso y los diferentes objetivos perseguidos con uno y otro sin perjuicio de efectuar la oportuna remisión al Anexo. Y es que el objetivo recogido en el apartado 1, en realidad, sería predicable más de la formación inicial que de la continuada, a la que correspondería como objetivo el de la permanente actualización de conocimientos y habilidades.

– Artículo 8. Centros de formación y evaluación.

1. En el apartado 2 debería sustituirse la coma que sucede a la expresión “*la acreditación correspondiente*” por un punto y seguido.

2. Frente al deber de mera comunicación establecido como requisito para la instalación de los desfibriladores, el Proyecto opta por una medida de policía administrativa de mayor intensidad, el sometimiento a autorización previa, como forma de control administrativo *a priori* de las entidades que realizan actividades de formación.

De forma acorde con esa mayor intervención pública, debería exigirse un especial rigor en la acreditación de las condiciones que constituyen requisitos para obtener la referida autorización, mediante la aportación de prueba documental de su cumplimiento, exigencia que no quedaría satisfecha con la mera “memoria” justificativa que prevé el apartado 2.

3. El apartado 2, letra b) dispone que podrán ser monitores e instructores de los cursos de formación los profesionales médicos convenientemente acreditados por la Consejería de Sanidad, si bien omite el Proyecto cualquier indicación acerca de los requisitos, procedimiento, vigencia, etc., de tal acreditación.

– Parte final de la norma.

No debería abandonarse en esta parte la correcta técnica normativa seguida en el artículo, consistente en el epigrafiado de los preceptos.

– Disposición Transitoria primera.

Contempla el precepto una suerte de convalidación de los cursos realizados bien en otras Comunidades Autónomas, bien en la propia Región pero con anterioridad a la entrada

en vigor del Decreto, condicionándola a su equivalencia con los previstos en éste, atendidos su duración y contenidos. Debería regularse, al menos, la competencia para resolver acerca de la referida convalidación, mediante su atribución al mismo órgano que concede la acreditación para el uso de los desfibriladores.

– Disposición Transitoria segunda.

Prevé esta disposición que los cursos no podrán ser objeto de convalidación, y en consecuencia habrán de renovarse, cuando su fecha de expedición sea anterior en más de dos años a la entrada en vigor del futuro Decreto.

Carece el expediente de justificación acerca de los motivos por los que se hace de mejor condición a quienes han realizado los cursos en otras Comunidades Autónomas o antes de la entrada en vigor del Decreto, que a quienes los superen bajo su vigencia. En efecto, mientras la acreditación prevista en el artículo 6 del Proyecto tiene una vigencia anual, obligando a los interesados a efectuar el curso de formación continuada antes de que transcurra el año, la Transitoria segunda admite la acreditación para el uso de desfibriladores a quienes hayan superado la formación hasta dos años antes de la entrada en vigor del Decreto, lo que equivale a otorgar una eficacia temporal mayor a tales cursos.

Quizás fuera suficiente con la inclusión, al final de la Transitoria primera, de un inciso que remitiera a la necesidad de renovación contemplada en el artículo 6.2 del Proyecto, al modo de la Disposición Adicional tercera del Decreto asturiano 24/2006, de 15 de marzo.

– Disposición Transitoria tercera.

La inclusión de transitorias que emplacen a los destinatarios de la norma a efectuar una adaptación al contenido de ésta, debe ir seguida, por elementales razones de eficacia normativa, de la explicitación de las consecuencias jurídicas para el caso de que, transcurrido el plazo señalado, no tenga lugar aquella adaptación.

– Disposición Final.

Carece el expediente de justificación alguna que exija la inmediata entrada en vigor del futuro Decreto. En consecuencia, la *vacatio legis* debería ser la ordinaria, es decir, veinte días desde su publicación, de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente el Proyecto de Decreto sometido a consulta, si bien la inclusión de las observaciones formuladas en este Dictamen permitiría al futuro reglamento un más adecuado cumplimiento de los fines que lo justifican, al tiempo que lo dotarían de una mayor coherencia interna y de mejor técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 140/07.- Revisión de oficio para la declaración de nulidad de la resolución 129/2003, de 17 de marzo, por la que se concedió licencia de apertura para la ampliación de actividad de engorde de cerdos, en el paraje “Loma Fonseca, Venta del Olivo” (Cieza).

Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Cieza

Fecha: 22/10/07

Extracto de Doctrina

Se ha seguido un procedimiento distinto (el de calificación ambiental, competencia del Ayuntamiento), en lugar del previsto en la Ley 1/1995 para los supuestos sujetos a EIA (y normativa básica como el Real Decreto Legislativo 1302/1986), y en la Ley 16/2002, en cuanto la actividad está sujeta al procedimiento especial de AAI, habiéndose omitido, por tanto, unos trámites ambientales esenciales, que han merecido el reproche de la nulidad de pleno derecho por parte de diversos pronunciamientos judiciales que versan sobre procedimientos ambientales; así las Sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de diversos Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid (de 10 de noviembre de 2004, y 12 de marzo de 2007); de Cataluña (de 30 de diciembre de 2002, de 29 de octubre de 2004, y de 15 de julio de 2005); de Andalucía (de 27 de febrero y 12 de junio de 2006); y de la Comunidad Valenciana, de 18 de septiembre de 2000.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de agosto de 2003, D. J. P. G., en representación de la mercantil E. P. C., S.L., presenta ante el Ayuntamiento de Cieza solicitud de licencia de apertura para “la ampliación de actividad de engorde de cerdos” en el Paraje Loma Fonseca, en Venta del Olivo.

SEGUNDO.- Al día siguiente, 13 de agosto, emite informe favorable el Ingeniero Técnico Industrial (folio 4) que señala, entre otros aspectos:

“1) Respecto a la calificación ambiental, según prescribe el artículo 31 de la Ley 1/1995, de Protección de Medio Ambiente de la Región de Murcia, de 8 de marzo, el órgano ambiental, a la vista del expediente, emitirá la que corresponde.

2) Respecto a las medidas correctoras, vistas las descritas en la Memoria y teniendo en cuenta el volumen, categoría de la actividad, potencia instalada y nivel sonoro, se consideran adecuadas.

3) Respecto a la Memoria Ambiental, presenta estudio detallado de gestión de purines, cadáveres y restos de medicamentos, cumpliéndose así las determinaciones del núm. 2 del artículo 28 de la Ley 1/1995, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia.

4) Respecto del comienzo del ejercicio de la actividad, quedará condicionado, en general, al levantamiento del acta de comprobación favorable, posterior a la obtención de la licencia (...).”

TERCERO.- El 14 de agosto se dicta providencia acordando su admisión a trámite, y someter la solicitud a información pública, mediante edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, y a consulta directa de los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento

indicados por el peticionario. Consta que el 21 de agosto siguiente se publicó en el Tablón de Edictos del Ayuntamiento la exposición pública durante el plazo de diez días, y se notificó a tres vecinos, sin que presentaran alegaciones.

CUARTO.- El 22 de septiembre de 2003, el Alcalde de la Corporación, que había avocado previamente las competencias, al haberse abstenido el Concejal de Urbanismo conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), eleva propuesta a la Comisión de Gobierno en el sentido de informar favorablemente la calificación ambiental para ejercer la actividad de “engorde de cerdos”, a la vista del informe técnico obrante en el expediente y de los trámites realizados. Dicha Comisión de Gobierno, en su sesión de 7 de octubre de 2003, informa favorablemente la licencia desde el punto de vista ambiental.

QUINTO.- El 17 de octubre de 2003, previa propuesta favorable del Director de Urbanismo, la Alcaldía dicta la Resolución núm. 129/2003, por la que se otorga la licencia de apertura para ampliar la actividad de “engorde de cerdos”, de acuerdo con el proyecto técnico presentado, tras lo cual se remite oficio a la entonces Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, en cumplimiento del deber de información previsto en el artículo 27 de la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Medio Ambiente de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 1/1995), en el que se hace constar (folio 23):

“(…) ponemos en su conocimiento que, con esta fecha, se ha concedido a E. P. C., S.L., licencia de apertura para ampliación de la actividad de Engorde de cerdos, con emplazamiento en el Paraje L. F., Venta del Olivo, de este término municipal.”

SEXTO.- Transcurridos más de dos años, el 27 de enero de 2006, el Ingeniero Técnico Industrial del Ayuntamiento emite un nuevo informe, tras revisar el expediente, señalando que *“de un examen más detenido de la legislación que regula tal actividad, así como tanto de la propia Ley 1/95 como del Decreto 16/2002, se infiere que dicha actividad se encuentra afectada por el Anexo I (actividades sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental) de la Ley 1/95, por encontrarse concretamente incluida en el punto 2.3 del citado Anexo I (porcino de más de 350 plazas de reproductores en ciclo cerrado, o cebaderos con más de 800 cabezas). Del mismo modo se observa que la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, en su Anejo I “Categorías de actividades e instalaciones contempladas en el artículo 2” incluye en su punto 9.3, Instalaciones destinadas a la cría intensiva de aves de corral o de cerdos que dispongan de más de:*

(…)

b. 2.000 emplazamientos para cerdos de cría (de más de 30 Kg.)”.

Concluye en la falta de Autorización Ambiental Integrada (que puede contener la Evaluación de Impacto Ambiental), y que debe preceder a las demás licencias, según el artículo 26 de la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (en lo sucesivo Ley 16/2002), lo que podría tener como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la licencia de apertura, por haber podido incurrir en los supuestos previstos en los apartados e) o f) del artículo 62.1 LPAC.

Finalmente solicita que se emita informe jurídico al respecto y que se dé cuenta de lo sucedido, así como que se remita el expediente completo a la Dirección General de Calidad Ambiental.

SÉPTIMO.- El letrado-asesor jurídico del Ayuntamiento emite informe, el 16 de febrero de 2006, en el que considera que el acto de otorgamiento de la licencia puede estar viciado de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.e LPAC), por no haberse observado el procedimiento legalmente previsto para su concesión, en tanto siguió la tramitación para las actividades sometidas a calificación ambiental, a pesar de que, por las características de la actividad, debió someterse al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (en lo sucesivo EIA), a que se refieren los artículos 13 y ss. de la Ley 1/1995. En consecuencia, propone la revisión de oficio del acto de concesión de licencia, y el procedimiento a seguir.

OCTAVO.- Iniciado el procedimiento de revisión de oficio por Resolución de la Alcaldía núm. 20/2006, de 16 de febrero, se otorgó trámite de audiencia a la mercantil interesada, que presenta alegaciones (folio 30), relatando las actuaciones seguidas, y su predisposición a colaborar con el Ayuntamiento, y a aportar la documentación que se le exija; manifiesta que presentó proyecto para la Evaluación de Impacto Ambiental ante la Dirección General de Calidad Ambiental, quedando registrado como expediente X, respondiéndole el citado centro directivo el 26 de junio de 2004, en el sentido de que la instalación de porcino, con una capacidad de 4.000 plazas, se encuentra sujeta a la Ley 16/2002. Por último solicita que se lleve a cabo la tramitación de su expediente desde el punto de vista medioambiental, a efectos de la obtención de la licencia municipal de actividad.

Tras lo cual se dicta propuesta de resolución, de 17 de marzo de 2006, que estima procedente la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución 129/2003 de 17 de octubre, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e LPAC), al haberse tramitado por un cauce distinto al previsto en la Ley 16/2002 para la Autorización Ambiental Integrada.

NOVENO.- Recabado el Dictamen del Consejo Jurídico se emite el 5 de junio de 2006 con el núm. 98/2006, en el sentido de que procede declarar la caducidad del procedimiento, por el transcurso de los tres meses desde que se inició de oficio (artículo 102.5 LPAC), sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo, aconsejando que, en tal caso, se acuerde la suspensión del plazo por el tiempo que medie entre la petición del dictamen y su emisión, conforme a la posibilidad prevista en el artículo 42.5,c) de la misma Ley. También se realizaban unas observaciones sobre la documentación remitida, concretamente sobre la falta de remisión de la Memoria Ambiental a que hacía referencia el Ingeniero Técnico Industrial en su informe de 13 de agosto de 2003, y a que se aclare por el instructor si la licencia concedida por la Resolución que se propone revisar, que se refiere únicamente a la actividad de engorde de cerdos, incluye también una planta de producción de fertilizantes orgánicos sólidos y líquidos, según el título del proyecto aportado en el expediente. Finalmente se solicita información sobre el estado de la tramitación de la Autorización Ambiental Integrada, a raíz de los datos suministrados por el representante de la mercantil, e incluso se pedía la contestación dada por la Dirección General de Calidad Ambiental a la solicitud efectuada por la interesada, con la finalidad de conocer la trascendencia del trámite ambiental omitido.

DÉCIMO.- Por Resolución de la Alcaldía núm. 88/2006, de 20 de junio (folios 42 y 43), se acuerda declarar la caducidad del procedimiento anterior, que es notificada al representante de la mercantil. En la misma fecha, por Resolución núm. 89/2006 (folios 44 y 45), se acuerda iniciar un nuevo procedimiento para la revisión de oficio si bien, a propuesta del órgano instructor, el 28 de julio de 2006 se acuerda dejarlo en suspenso hasta tanto el

órgano ambiental finalice la tramitación de la Autorización Ambiental Integrada, solicitada por la mercantil, para determinar si el acto de concesión de la licencia de actividad incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho o anulabilidad.

UNDÉCIMO.- El 16 de noviembre de 2006 (registrado de salida el 21 siguiente), el Alcalde del Ayuntamiento de Cieza remite oficio a la entonces Consejería de Industria y Medio Ambiente (hoy de Desarrollo Sostenible y Ordenación Territorial) para que le informe, en virtud de los principios de colaboración y cooperación, sobre el estado en que se encuentra la tramitación de la Autorización Ambiental Integrada y el Estudio de Impacto Ambiental. En contestación a dicha petición, mediante escrito de 19 de enero de 2007 (registro de salida de 22 del mismo mes) el Técnico de Inspección Ambiental de la Dirección General de Calidad Ambiental informa lo siguiente:

1. El expediente de EIA núm. X, E. P. C., S.L. está en el listado de pendientes de someterse a la Comisión Técnica, a falta de recibir informes solicitados a la Dirección General del Medio Natural y al Servicio de Vigilancia.
2. El expediente X de Autorización Ambiental Integrada, tras su revisión, continúa con el procedimiento en curso.

DUODÉCIMO.- Con fecha 22 de marzo de 2007 (registro de salida) el Director General de Calidad Ambiental remite escrito al Ayuntamiento de Cieza, por el que le requiere para que revise la Resolución 129/2003, y con ella la calificación ambiental favorable, por ser contrarias a la Ley 1/1995, advirtiendo que de no hacerlo suspenderá el procedimiento de EIA y, en su caso, la Autorización Ambiental Integrada, cuando sea imposible su continuación por esta causa; a la vez que, como parte interesada por haber invadido sus competencias, insta a que revisen todos los actos considerados nulos.

DECIMOTERCERO.- Con posterioridad, el 12 de junio de 2006, el Director General de Calidad Ambiental adopta propuesta de resolución, notificada al Ayuntamiento y a la mercantil interesada, en virtud de la cual declara la desaparición del objeto del procedimiento de EIA que se está siguiendo, al entender que se precisa la revisión de la licencia municipal para que pueda dictarse otra autorización ambiental, lo que supone la nulidad de la licencia y el presupuesto ambiental en el que se basa. Entiende que la licencia se ha otorgado con ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (exigencia de la EIA), dictado por un órgano manifiestamente incompetente; al mismo tiempo que comunica el traslado de las actuaciones a la Dirección General de Administración Local para que inste al Ayuntamiento de Cieza a que proceda a la revisión de los actos que considera nulos (licencia, calificación ambiental, suspensión del procedimiento de revisión, etc.).

DECIMOCUARTO.- Con fecha 29 de junio de 2007, el Alcalde del Ayuntamiento de Cieza adopta las Resoluciones 76 y 77 del 2007 (folios 58 y 56), por las que se acuerda dejar sin efecto la 89/2006, de 20 de junio, e iniciar de nuevo el procedimiento de revisión de la licencia de actividad otorgada a la mercantil, tras lo cual se le otorga un trámite de audiencia a ésta, presentando alegaciones D. J. P. G., en su condición de representante de la misma, quien manifiesta, entre otras cuestiones, que la Dirección General de Calidad Ambiental no ostenta competencias para valorar si una licencia otorgada por un Ayuntamiento está bien o mal otorgada, ni para instarle a que la revise condicionando sus actuaciones, ya que sus competencias se limitan a evacuar los pertinentes informes medioambientales (Declaración de Impacto Ambiental y Autorización Ambiental Integrada). A este respecto formula la siguiente cuestión: ¿Qué procedimiento habría de seguir una empresa que viene

realizando su actividad con anterioridad al 1 de julio de 2002 para regularizarse y adaptarse a la Ley 16/2002? Conforme a la propuesta de la citada Dirección al presente caso, al disponer ya de licencia de actividad, no se tramitaría la correspondiente autorización, y no podría regularizar la situación, al amparo de la Disposición Transitoria Primera de la precitada Ley. Añade que las medidas propuestas tanto por la Dirección General, como por el Ayuntamiento, producen indefensión a la mercantil, y de llevarse a cabo incurrirían en responsabilidad patrimonial, indicando que sirva este escrito como su solicitud.

Finalmente pide que:

1º) Se aplique en todo este procedimiento el sentido lógico-jurídico.

2º) Se desestimen y paralicen las resoluciones 76/07 y 77/07, dictadas por el Ayuntamiento, y se dé traslado de la situación y del expediente al órgano jurídico de superior rango y competencia de la Comunidad Autónoma.

3º) Se retorne a la situación establecida por la Resolución 89/06, de 20 de junio, del Ayuntamiento de Cieza.

4º) Cada una de las Administraciones, Autonómica y Local, asuma y cumpla las funciones que legalmente tiene asumidas, para evitar daños a los administrados.

5º) En caso de no paralizar, y dejar sin efecto, las resoluciones 76/07 y 77/07 incurrirían en responsabilidad patrimonial la Administración Local y Autonómica, según corresponda en base a la LPAC.

DECIMOQUINTO.- El 20 de julio de 2007 se emite propuesta por el órgano instructor del expediente, en la que estima procedente la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución núm. 129, de 17 de marzo de 2003 (existe un error material en la fecha, pues corresponde al mes de octubre), por la que se concedió licencia de apertura para la ampliación de la actividad de engorde de cerdos a la mercantil E. P. C., S.L., que se extiende también a la anulación de la autorización de la planta de producción de fertilizantes orgánicos sólidos y líquidos, amparada por dicha licencia, al concederse con ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, toda vez que se tramitó la licencia municipal siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo III de la Ley 1/1995 (por error aparece el Capítulo II), a pesar de que debió seguirse un cauce procedimental especial por razón de la materia, afectada por la Ley 16/2002.

Dicha propuesta es trasladada al interesado a efectos de que pueda formular alegaciones, el cual se ratifica en las anteriormente realizadas (folio 151), y solicita que se traslade el contenido de su recurso interpuesto contra la resolución 77/2007 del Ayuntamiento, a efectos de que se pronuncie el Consejo Jurídico sobre las actuaciones y medidas llevadas a cabo por la Dirección General de Calidad Ambiental.

DECIMOSEXTO.- El 7 de agosto de 2007, la Alcaldía del Ayuntamiento de Cieza ratifica la propuesta del órgano instructor (folio 152), acordando la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre el fondo del asunto, y la recepción del mismo, y que se notifique a la parte interesada.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 7 de agosto de 2007 (registro de entrada), se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos en supuestos de nulidad de pleno derecho, vicios que se alegan en el presente expediente (artículo 62.1, e LPAC), según establece el artículo 102.1 LPAC, en relación con el 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ); específicamente en materia de urbanismo, el 302 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (TRLS), no derogado por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, remite a la regulación general de la LPAC.

La aplicación de este régimen general a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está prevista en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo LBRL), que señala: *“Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”*.

Y, finalmente, el artículo 232.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (en lo sucesivo TRLSRM), reitera que en los supuestos de nulidad de los actos o acuerdos en materia de urbanismo se procederá en los términos previstos en el artículo 102 LPAC, previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones previas.

1ª) Sobre el procedimiento.

En cuanto al procedimiento de revisión de oficio del acto de otorgamiento de la licencia de apertura (de actividad conforme al artículo 214,b TRLSRM) se ha seguido lo dispuesto en el artículo 102 LPAC, al que se remite el artículo 53 LBRL, obrando los trámites de audiencia otorgados a la mercantil interesada, cuya importancia, tratándose de actos declarativos de derechos, hemos destacado en nuestro Dictamen núm. 11/2002, aun cuando no se recoja expresamente en el artículo 102 LPAC, al haberse suprimido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que el procedimiento de revisión se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI.

De ahí que no pueda estimarse el alegato de indefensión de la mercantil interesada, en relación al presente procedimiento de revisión de oficio, en cuanto que ha ejercitado su derecho a la defensa, sin que el Consejo Jurídico pueda entrar a enjuiciar otras actuaciones paralelas de otras Administraciones, que no se han sometido a nuestro parecer por los órganos competentes para ello, salvo en las cuestiones incidentales que atañen al presente procedimiento; tampoco puede pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración local y/o autonómica por las consecuencias de la revisión del acto municipal, o la paralización del procedimiento ambiental, respectivamente, aludidos genéricamente por la mercantil interesada pues, para ello, y tras la decisión que se adopte en el presente expediente, habrá de tramitarse el oportuno expediente de responsabilidad

patrimonial, en donde el interesado concrete los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC, como recoge la propuesta del instructor.

2ª) Órgano competente para la declaración de nulidad.

Corresponde al Pleno la declaración de nulidad de pleno derecho, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 LBRL, según se indicó en nuestro anterior Dictamen sobre este asunto (98/2006), al que nos remitimos.

3ª) Plazos.

Con carácter previo es preciso señalar que el plazo para ejercitar la acción de nulidad no está sujeto a caducidad y, además, la acción es imprescriptible, a tenor de lo establecido en el artículo 102 LPAC que señala que las Administraciones Públicas podrán, en cualquier momento, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1 de la citada Ley, con los requisitos procedimentales que se señalan (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1997)

En relación con el plazo para resolver el presente procedimiento de revisión, en nuestro anterior Dictamen núm. 98/2006 se alcanzó la conclusión de la procedencia de declarar la caducidad del procedimiento por cuanto, al haberse iniciado de oficio, el transcurso de los tres meses produce dicho efecto, según el artículo 102.5 LPAC, sin perjuicio de la posibilidad de incoar otro nuevo, en el que se acuerde la suspensión del plazo para resolver desde el tiempo que medie entre la petición de Dictamen al Consejo Jurídico, y la recepción del mismo, como también se sugirió.

El presente procedimiento se ha iniciado por Resolución de la Alcaldía 76/2007, de 29 de junio, produciéndose la suspensión del plazo de tres meses a partir del 7 de agosto, transcurrido un mes y 8 días, fecha en la que se registró de salida por el Ayuntamiento el oficio de petición del Dictamen al Consejo Jurídico; una vez que se emita el presente Dictamen, que también deberá comunicarse a la mercantil interesada, continuará el cómputo del plazo restante hasta los tres meses, dentro del cual habrá de adoptarse y notificarse el acuerdo pertinente. A este respecto, nuestra doctrina sobre la forma del cómputo del plazo de suspensión está expresada, entre otros, en el Dictamen núm. 54/07.

4ª) Documentación.

El expediente se ha completado con la información y documentación requerida en nuestro Dictamen anterior (98/2006), relativa a la situación administrativa en la que se encuentra la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y la Autorización Ambiental Integrada (AAI), a la que hacía referencia el representante de la mercantil, en su escrito de alegaciones, salvo en lo que respecta a la remisión del oficio que envió la Dirección General de Calidad Ambiental a la interesada sobre la necesidad de aquel trámite; también se ha aclarado por el instructor que el objeto de la licencia no sólo es la actividad de engorde de cerdos, como refiere el acuerdo de concesión, sino también una planta de producción de fertilizantes orgánicos sólidos y líquidos, según se recoge en el Proyecto Técnico que se acompañó a la solicitud; por último la Memoria Ambiental que citaba el técnico es, en realidad, la parte del Proyecto que hace referencia “al estudio de gestión de purines, cadáveres y restos de medicamentos” (Anexo II y III).

TERCERA.- La revisión de oficio de los actos administrativos: vicios que provocan la nulidad de pleno derecho.

La revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre).

La ley 4/1999, de 13 de enero, ha introducido importantes modificaciones al sistema de revisión anterior, de manera que en la actualidad sólo cabe la revisión por la propia Administración de los actos nulos de pleno derecho (por estar incursos en algún supuesto del artículo 62 LPAC), pero no de los anulables (artículo 63 LPAC), por grave y manifiesta que la infracción pueda ser, obligando a la Administración pública a que acuda a los Tribunales si quiere revisarlos, mediante la declaración de lesividad y posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, como recoge el artículo 103.1 LPAC para los actos favorables a los interesados.

Por tanto, presupuesto para ello es determinar si estamos ante un vicio de nulidad de pleno derecho, por haberse incurrido en una de las causas tasadas que recoge el artículo 62.1 LPAC, concretamente, de acuerdo con la propuesta de resolución, el apartado e) relativo a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, u otra causa también alegada por la Dirección General de Calidad Ambiental (apartado b, del mismo artículo, sobre actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia). Por ello debe conocerse previamente la trascendencia y esencialidad de los trámites ambientales omitidos.

CUARTA.- La Evaluación de Impacto Ambiental y la Autorización Ambiental Integrada, y su relación con la licencia de actividad.

La licencia de actividad se exige para cualquier actividad mercantil o industrial que se desarrolle tanto en el interior de edificaciones como en espacios libres, al igual que para cualquier modificación que se pretenda realizar de los usos existentes (artículo 214,b TRL-SRM), y tiene prioridad sobre la correspondiente a la licencia urbanística (acto de construcción), que también le fue concedida a la mercantil con posterioridad, según manifiesta (el 10 de noviembre de 2003).

Pese a que la licencia objeto de revisión hace referencia, como se ha indicado, a la actividad genérica de engorde de cerdos, sin embargo, conforme al proyecto presentado, la licencia de apertura se extendió a las siguientes actividades:

- Ampliación de la actividad a 2.400 plazas más, a través de la construcción de dos naves de cebo, con una superficie total construida de 2.061 m² Según datos del proyecto, esta ampliación, con la nave existente que tiene una capacidad de 1.600 plazas de cebo, determinaría el engorde de 10.000 animales al año.
- Como consecuencia de la ampliación, la gestión de los purines (planta de producción de fertilizantes orgánicos sólidos y líquidos de 1.500 m²), a partir del cual se obtendrá abono sólido, compost, para aplicación directa como fertilizante; agua fertilizada, con nutriente vegetal, y de aplicación en una plantación de unas 2 Has de chopos; y ácidos húmicos y fúlvicos, de aplicación, igualmente, como enmienda de materia orgánica en tierra. En el folio 73 y ss., correspondiente al proyecto, se describe el alcance de dicha gestión.

1. Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).

Dichas actividades se encuentran sujetas a EIA por el órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma, aspecto que no se ha discutido en el expediente, según los artículos 8.1 y 9, en relación con el Anexo I de la Ley regional 1/1995:

- Porcino de más de 340 plazas de reproductoras en ciclo cerrado, o cebaderos con más de 800 cabezas (apartado 2.3, d).
- Planta de tratamiento de residuos agropecuarios (apartado 2.9).

También la normativa básica estatal, concretamente el Real Decreto 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, que traspuso la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, contempla en su Anexo I (proyectos que deben someterse a EIA) a las instalaciones de ganadería que superen la capacidad de 2000 plazas para cerdos de engorde, o 750 plazas para cerdas de cría.

¿Cuál es el sentido y la función de la EIA como técnica de tutela ambiental? El Tribunal Constitucional, en su sentencia 13/1998, de 22 de enero, la sintetiza claramente:

“La evaluación de impacto ambiental es un instrumento que sirve para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente en los países industrializados. Su finalidad propia es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente (...) La legislación ofrece a los poderes públicos, de esta forma, un instrumento para cumplir su deber de cohesión al desarrollo económico con la protección del medio ambiente (STC 64/1982, fundamento jurídico 2º). La evaluación de impacto ambiental aparece configurada como una técnica o instrumento de tutela preventiva –en relación a proyectos de obras y actividades– de ámbito objetivo global o integrador y de naturaleza participativa”.

En relación con su alcance, la referida sentencia señala que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), a cargo del órgano ambiental competente, en esencia, se pronuncia “sobre la conveniencia o no de ejecutar las obras o actividades proyectadas, y en caso afirmativo, las condiciones a que han de sujetarse su realización para evitar, paliar o compensar las eventuales repercusiones negativas que sobre el medio ambiente y los recursos naturales puede producir aquélla”. Para que estas finalidades se vean satisfechas, señala el Alto Tribunal, la norma impone a las Administraciones Públicas la obligación de valorar la variable ambiental cuando deciden sobre la aprobación o la autorización de obras, instalaciones u otras actividades de gran envergadura, o con un significado potencial contaminador. Para llevar a cabo esta labor, la autoridad competente debe contar necesariamente con tres elementos: el estudio de impacto ambiental, la opinión del público interesado, y los informes de otras Administraciones afectadas por el proyecto.

En relación con su naturaleza, el Tribunal Supremo (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 13 de octubre de 2003) sostiene que la DIA, no obstante su esencialidad y relevancia, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptualarla como una resolución definitiva, directamente impugnable en sede jurisdiccional. Así se reflejó en la regional Ley 1/1995, tras la modificación operada por la Ley 1/2002, de 20 de marzo, de Adecuación de los Procedimientos de la Administración Regional, que establece la sus-

pensión del procedimiento del otorgamiento de licencia cuando se remita el expediente al órgano ambiental para la Evaluación de Impacto Ambiental.

Tanto la normativa básica estatal como la autonómica determinan que la DIA es previa al otorgamiento de licencia o autorización, así como determinará la conveniencia o no de otorgar las licencias municipales de apertura (artículo 10 de la Ley 1/1995).

2. Autorización Ambiental Integrada (AAI).

La Directiva 96/61 CE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa al control integrado de la contaminación, establece una serie de medidas para evitar, o al menos reducir, las emisiones de las actividades más contaminantes en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos, para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto. Para hacer efectiva esta prevención, la Directiva supedita la puesta en marcha de las instalaciones, incluidas en su ámbito de aplicación, a la obtención de un permiso escrito, que deberá concederse de forma coordinada cuando en el procedimiento intervengan varias autoridades. La incorporación de la citada Directiva al derecho interno se ha realizado por la Ley 16/2002, ya citada, que descansa fundamentalmente en la Autorización Ambiental Integrada (AAI), que constituye una nueva figura de intervención ambiental que sustituye y aglutina el conjunto de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento, relativas a producción y gestión de residuos, incluidas las de incineración, vertidos (...), así como otras exigencias de carácter ambiental contenidas en la legislación sectorial (contaminación atmosférica). De acuerdo con ello, la Ley establece un procedimiento que incluye diversos trámites: análisis previo de la documentación presentada, información pública, solicitud de informes, declaración de impacto ambiental, propuesta de resolución, audiencia a los interesados, traslado a los órganos competentes para emitir informes vinculantes en trámites anteriores, resolución, notificación y publicidad. Interesa conocer la posibilidad prevista en la Ley de que las Comunidades Autónomas incluyan en este procedimiento de otorgamiento de la AAI las actuaciones en materia de evaluación ambiental que resulten de su competencia.

Por lo tanto, la AAI implica un procedimiento más complejo que la EIA (que la puede contener), en tanto supone además la autorización de vertidos, residuos, etc., y otras autorizaciones sectoriales autonómicas que fueran precisas respecto a las actividades objeto de la licencia de apertura cuya revisión de oficio se plantea

Concretamente, la citada Ley estatal 16/2002, como recoge la propuesta del instructor, establece, entre las instalaciones sujetas a la misma, las destinadas a la cría intensiva de cerdos que dispongan de más de 2.000 emplazamientos para cerdos de cría, y 750 emplazamientos para cerdas (apartado 9.3 del Anejo I). En este sentido, el proyecto presentado por la mercantil para el otorgamiento de la licencia hace referencia, precisamente, entre las normas que le afecta, a la Ley 16/2002 objeto de esta consideración.

Restaría por determinar los efectos jurídicos de la AAI respecto a las licencias municipales, y a este respecto la Ley estatal establece que se otorga con carácter previo al de otras autorizaciones o licencias sustantivas (artículo 11.2), entre las que se cita a la licencia municipal de actividades, y que su condicionado es vinculante para la autoridad municipal en todos los aspectos ambientales recogidos en ella (artículo 29).

Analizada la trascendencia de los trámites ambientales omitidos, es posible ya considerar si concurre en el acto de concesión de la licencia de apertura a la mercantil E. P. C., S.L. un vicio de nulidad de pleno derecho, como propone el órgano instructor.

QUINTA.- Examen del vicio en que incurre la licencia otorgada, y su valoración como supuesto de invalidez absoluta.

Resulta inequívoco en el expediente, sin que haya sido objeto de controversia por el representante de la mercantil, que la actividad objeto de licencia se encuadra entre las que se encuentran sujetas tanto a Evaluación de Impacto Ambiental, por exigencia de la Ley 1/1995 y normativa básica anteriormente citada, como al procedimiento de Autorización Ambiental Integrada, por aplicación de la Ley 16/2002, de singular relevancia en este caso por la gestión residuos; ambos trámites competen al órgano ambiental correspondiente de la Comunidad Autónoma.

También se ha acreditado que el Ayuntamiento de Cieza concedió la licencia de actividad sin que se hubiera otorgado la Declaración de Impacto Ambiental (en la que culmina la EIA), ni la Autorización Ambiental Integrada, en contra de las previsiones de la normativa citada, resultando, ciertamente, sorprendente que el técnico informante de la licencia, en fecha 13 de agosto de 2003, subsumiera la solicitud de licencia entre las sujetas a calificación ambiental, de tramitación y competencia municipal (artículo 31 de la Ley 1/1995). Tal es así que el peticionario, presumiblemente consciente de tal carencia, solicitó *a posteriori* la EIA ante la Dirección General de Protección Ambiental, según señala, que le comunicó también que la actividad estaba sujeta al procedimiento de AAI.

Por tanto resulta evidente que la licencia infringe de forma clara, manifiesta y ostensible el ordenamiento jurídico en los aspectos aludidos, por lo que quedaría por determinar el alcance de tales infracciones. Para el órgano instructor, se trata de una causa de nulidad de pleno derecho, por cuanto se ha concedido con ausencia total del procedimiento establecido, toda vez que se tramitaron las actuaciones por un cauce distinto al establecido normativamente (artículo 62.1.e LPAC); es decir, que se tramitó siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo III de la Ley 1/1995 (por error figura en la propuesta el Capítulo II), relativo a la Calificación Ambiental, a pesar de que debió seguirse el cauce procedimental especial por razón de la materia (Ley 16/2002).

Por el contrario, para el representante de la mercantil habría que suspender este procedimiento de revisión hasta tanto se resuelva la DIA y AAI (ahora archivadas por la Dirección General a la espera de la revisión de oficio del acto administrativo), que podría conducir a que se tratara de un supuesto de anulabilidad. Resulta de interés aclarar, no obstante, ante diversas interpretaciones suscitadas en el expediente, que en nuestro Dictamen anterior el Consejo Jurídico no entró a dictaminar el fondo de la cuestión, por impedirlo la apreciación de la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de indicar la posibilidad de incoar un nuevo expediente; al mismo tiempo indicó que el expediente debería ser completado con las actuaciones seguidas que versaran sobre la EIA y AAI, a las que se había referido el representante de la mercantil, con la finalidad de conocer la trascendencia de ambas omisiones en relación con las concretas actividades.

Sentadas tales premisas el Consejo Jurídico considera que la Resolución núm. 129/2003, de 17 de octubre (debe modificarse el mes en las citas a la misma en la propuesta del órgano instructor), por la que se concedió la licencia de apertura, objeto de este procedimiento de revisión, está viciada de nulidad de pleno derecho por las siguientes razones:

1ª) Los trámites ambientales omitidos son de carácter previo a la licencia municipal, según establecen las normas citadas, y esenciales, como ha reconocido la jurisprudencia para la EIA, así como vinculante, en el caso de la Autorización Ambiental Integrada, cuando

implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, según recoge el artículo 29 de la Ley 16/2002; además engloba a otras autorizaciones ambientales e informes sectoriales, conforme al procedimiento previsto en el Capítulo II de la citada Ley.

En este sentido el supuesto de nulidad radical previsto en el artículo 62.1,e) LPAC se proyecta no sólo cuando se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sino también cuando se ha seguido un procedimiento distinto, o se han omitido trámites esenciales. Así lo ha entendido la jurisprudencia (por todas SSTs, Sala 3ª, de 21 de mayo de 1997, de 22 de junio de 2004, y de 15 de marzo de 2005).

En el presente caso se ha seguido un procedimiento distinto (el de calificación ambiental, competencia del Ayuntamiento), en lugar del previsto en la Ley 1/1995 para los supuestos sujetos a EIA (y normativa básica como el Real Decreto Legislativo 1302/1986), y en la Ley 16/2002, en cuanto la actividad está sujeta al procedimiento especial de AAI, habiéndose omitido, por tanto, unos trámites ambientales esenciales, que han merecido el reproche de la nulidad de pleno derecho por parte de diversos pronunciamientos judiciales que versan sobre procedimientos ambientales; así las Sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de diversos Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid (de 10 de noviembre de 2004, y 12 de marzo de 2007); de Cataluña (de 30 de diciembre de 2002, de 29 de octubre de 2004, y de 15 de julio de 2005); de Andalucía (de 27 de febrero y 12 de junio de 2006); y de la Comunidad Valenciana, de 18 de septiembre de 2000.

También el Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala 3ª, de 9 de marzo de 2004 (F.J Decimoséptimo), considera motivo de nulidad de pleno derecho la omisión de la EIA, más aún en el presente caso cuando son dos los trámites que faltan, uno de ellos (AAI) de naturaleza vinculante e integradora de otras autorizaciones e informes, de acuerdo con lo señalado con anterioridad: *“Es más, al haberse prescindido (...) del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, regulado en los artículos 4 del mencionado Real Decreto Legislativo y 16 de su Reglamento, se puede considerar que estamos ante un supuesto sancionado con la nulidad de pleno derecho por el artículo 62.1,e) de la repetida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...)”*. También la sentencia del mismo Tribunal y Sala, de 10 de julio de 2003, que confirma la de la Sala de instancia, sobre la nulidad del pleno derecho del procedimiento por haberse omitido la exigencia de evaluar el impacto ambiental.

Del mismo modo la doctrina de otros órganos consultivos como el Consejo de Estado, que en su Dictamen núm. 63/2001 consideró a la EIA como un presupuesto esencial en orden a la defensa del medio ambiente. También el Dictamen 339/2004, del Consejo Consultivo Valenciano, alcanza la conclusión, ante la falta de Declaración de Impacto Ambiental, que puede considerarse que se ha prescindido de un trámite esencial para producir la resolución, y por tanto del procedimiento legalmente establecido.

2ª) En relación con las normas de la EIA, la jurisprudencia ha declarado, conforme a su naturaleza de acto trámite ya expuesta, que es en el acto definitivo que pone fin al procedimiento (en este caso la licencia municipal) el que permitirá juzgar las infracciones en relación con el citado trámite ambiental y, si se apreciase como en el presente caso, ese acto final será nulo porque los actos previos que le sirven de sustento lo son y transmiten el vicio al acto final (por todas, STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 2003). Desde este punto de vista también cabría sostener la nulidad por haber sido emanado el trámite ambiental (la calificación ambiental) por un órgano incompetente por razón de la materia (artículo 62.1,b

LPAC) –sin entrar a considerar la omisión de la AAI– pues correspondía este trámite al órgano ambiental correspondiente de la Comunidad Autónoma. El reconocimiento de dicha competencia se contiene en la sentencia del TSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de octubre de 1998, que señala: “*De todo lo expuesto se llega a la conclusión que para conceder la licencia municipal solicitada por la actora era preciso seguir el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, de exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma, por estar incluida la actividad en el Anexo I*”.

3ª) Otro de los aspectos a tener en cuenta, que recoge expresamente la LPAC para los supuestos de anulabilidad, es la posibilidad de ser convalidada la Resolución de la Alcaldía de 17 de octubre de 2003, mediante el futuro otorgamiento de la DIA y AAI, al amparo de lo dispuesto en el artículo 67.4 de la citada Ley. A este respecto ha de tenerse en cuenta que los trámites ambientales omitidos condicionan la conveniencia de otorgar la licencia, e incluso el condicionado de la AAI con carácter vinculante, y que en ambos casos han de ser integrados en el acto de otorgamiento de licencia; en la hipótesis de que ambos fueran favorables, el acto sustantivo (la licencia de actividad) ha de recoger las condiciones que hayan establecido aquellos trámites en orden a la adecuada protección medioambiental (condicionado, medidas correctoras), lo que conduce necesariamente a que se deba revisar el acto de otorgamiento de la licencia de apertura, al haber incurrido en un supuesto de nulidad de pleno derecho. A este respecto basta examinar el contenido de la AAI, según el artículo 22 de la Ley 16/2002, para conocer la esencialidad de los trámites omitidos: las prescripciones que garanticen, en su caso, la protección del suelo y de las aguas subterráneas; los procedimientos y métodos que se vayan a emplear para la gestión de residuos generados por la instalación; las prescripciones que garanticen, en su caso, la minimización de la contaminación; los sistemas y procedimientos para el tratamiento y control de todo tipo de emisiones y residuos, etc.

4ª) Por último no debe confundirse la nulidad del acto de otorgamiento de licencia, con la posibilidad de tramitar una legalización *ex post* de la actividad, a lo que en realidad se refiere el representante de la mercantil, que en el presente caso dependerá de lo que resuelvan los trámites ambientales omitidos, y que requeriría, en todo caso, de un posterior acuerdo municipal que se pronuncie sobre la licencia de actividad.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede la Revisión de Oficio de la Resolución de la Alcaldía 129/2003, de 17 de octubre, por la que se otorgó licencia de apertura para ampliar la actividad de engorde de cerdos, y una planta de producción de fertilizantes orgánicos sólidos y líquidos, por haberse apreciado que concurre el vicio de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1, apartados e y b LPAC) en los términos recogidos en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 141/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. A. G. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 22/10/07****Extracto de Doctrina**

Procede que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el 29 de junio de 2004, D. M. A. G. P. solicita indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños sufridos el 27 de julio de 2003 en el vehículo de su propiedad Volkswagen Polo, matrícula x, cuando, conducido por D. R. M. N., circulaba por la Autovía del Noroeste, C-415, punto kilométrico 6,5, y un perro de grandes dimensiones, raza braco, de aproximadamente 35 Kgs. de peso, irrumpió en la autovía, contra el que chocó violentamente. Según la reclamante el “*animal había accedido a la autovía por un canal de evacuación de agua, cubierto por una red, la cual no estaba fijada al suelo ni los laterales por lo que no evitaba la entrada en la autovía de animales, máxime cuando debido a la absoluta falta mantenimiento la vegetación hacía que quedara permanentemente levantada*”. Añade que esa misma tarde fueron colocados unos hierros con el fin de evitar que la red se levantara, “*aunque no lo consiguen completamente*”.

Acompaña a su reclamación la siguiente documentación: a) permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo siniestrado; b) fotografías del lugar del accidente (antes y después de que se colocaran los hierros de sujeción), del automóvil –tal como quedó después de la colisión–, del lugar por el cual accedió el perro a la autovía y del animal atropellado; c) factura de reparación del coche por importe de 1.480,03 euros.

Finaliza la reclamante solicitando una indemnización coincidente con el importe antes citado, al considerar que los hechos traen causa de una conducta omisiva de la Administración Regional, al no mantener la autovía de su titularidad en las debidas condiciones de seguridad para sus usuarios.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 8 de julio de 2004, la instructora requiere a la reclamante el envío de determinada documentación. Asimismo le insta para que acredite, mediante los medios de prueba que considere pertinentes, la realidad de los hechos que se contienen en su escrito de reclamación.

El requerimiento es cumplimentado por la interesada mediante escrito fechado el día 26 de julio, al que une la siguiente documentación:

- Copias del DNI y del permiso de conducir correspondientes al Sr. N. P., quien conducía el vehículo en el momento de producirse el accidente.
- Copia de la documentación correspondiente al automóvil siniestrado, debidamente compulsada.
- Copia del seguro en vigor en el momento del accidente.

Asimismo, propone como prueba, además de la documental consistente en los documentos aportados al escrito inicial de reclamación y al que ahora presenta, la testifical de D. R. y de D. M. Á. N. P..

TERCERO.- Con fecha 8 de julio de 2004, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General de Carreteras para que se pronuncie sobre los siguientes extremos:

“– Titularidad de la carretera en la que tuvieron lugar los hechos.

– En el caso de pertenecer a la Red de Carreteras de la Región de Murcia:

a) Realidad y certeza del evento lesivo.

b) Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.

c) Estado del canal de evacuación de agua a través del cual accedió el perro a la autovía, así como de la red que lo cubre, ya que según la reclamante ésta no estaba fijada al suelo, ni a los laterales, con lo que no impedía la salida de animales a la autovía.

d) Mantenimiento de la vegetación en la zona donde, según la reclamante, accedió el perro a la carretera.

e) Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

f) Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones, contratistas u otros agentes.

g) Indicar si la carretera se hallaba con señalización, iluminación o, en su caso, suficiencia/insuficiencia de la misma en el lugar del suceso e incidencia en el sobrevenimiento del mismo, condiciones concurrentes u otra consideración que estime pertinente significar.

h) Valoración de los daños alegados.

i) Aspectos técnicos en la producción del daño.

j) Cualquier otra cuestión que se estime de interés”.

Por haber considerado a dicho informe como determinante del contenido de la resolución final, la instructora había comunicado a la reclamante que, con su petición, se suspendía el plazo máximo establecido legalmente para resolver y notificar, invocando a tal efecto el artículo 42.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

CUARTO.- También con fecha 8 de julio de 2004 la instructora solicita del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras informe relativo a las siguientes cuestiones:

- Valor venal del vehículo en la fecha del accidente.
- Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro.
- Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

QUINTO.- Mediante comunicación interior de 28 de julio de 2004, el Director General de Carreteras remite a la instructora un informe fechado el día 23 del mismo mes y año, emitido por AUNOR, empresa concesionaria de la autovía del Noroeste, que expresa lo siguiente:

“La actual Autovía del Noroeste-Río Mula (C-415) pertenece a la Red de Carreteras de la Región de Murcia, siendo por lo tanto de titularidad autonómica.

A) La única incidencia que coincide con la de la reclamación aportada, se produce la noche del 25 al 26 de julio. Según los partes del personal de vigilancia de esta concesionaria, se recibe una comunicación de la Guardia Civil de Caravaca a las 0:45 horas del día 26, en la cual se informaba de que una mujer les había notificado el atropello de un animal en las inmediaciones del kilómetro 10 de la autovía. Igualmente se indicaba que tras un reconocimiento en la zona por parte de la patrulla de guardia, no se había detectado nada. Una vez recibida la comunicación en el centro de control, a la hora indicada, el personal de vigilancia se desplazó al lugar en cuestión no apreciándose nada anormal.

En días posteriores, concretamente el 29 de julio, es detectada la presencia de personas y vehículos en el km 6,5, por lo que se desplazó a dicho punto el personal de vigilancia de esta concesionaria, constatando la presencia de un perro de grandes dimensiones, el cual, siguiendo el procedimiento normal, fue enterrado en el terraplén de la autovía. En contra de lo que se describe en la tercera alegación del escrito presentado por el reclamante, no consta comunicación ó indicación alguna efectuada por el personal de esta concesionaria a las personas allí presentes.

En resumen, pese a que el incidente y la posterior detección del animal se produjeron en fechas distintas a las que se indican en el escrito de reclamación, ha de concluirse que dicho siniestro fue cierto y real.

B) De la descripción que aporta el reclamante en el escrito presentado no se deduce actuación negligente del mismo o terceros, por lo que parece debe ser considerado como un hecho totalmente fortuito.

C) El canal de evacuación de agua al que se refiere el escrito, se encontraba en perfecto estado de conservación en la fecha del suceso. La valla metálica que discurre paralela por los márgenes de la autovía, se encuentra sujeta verticalmente por postes metálicos cada 4 metros quedando su parte inferior pegada al terreno mediante una doblez de la misma, lo que permite que se adapte a los distintos desniveles del terreno. En el caso del canal en cuestión, al igual que en el resto de estos elementos, el espacio que quedaría libre es mínimo (la altura de los bordillos laterales de aprox. 15 cm.). Este espacio es necesario para evitar la acumulación de los materiales de arrastre durante la evacuación de las precipitaciones por dicho canal ó “bajante”.

D) Durante las labores periódicas de mantenimiento, y cuando las circunstancias así lo exigen, se procede a la limpieza de la maleza de plantas y arbustos en las bermas y

taludes de la autovía. Dicha limpieza se extiende a la zona, con o sin camino de servicio, colindante y paralela a los límites de explanación de la propia autovía. Dicha limpieza no es total, pues se conservan varias especies herbáceas que fueron plantadas con la finalidad de estabilizar los taludes e impidiendo su degradación.

Ante la posibilidad que indica el reclamante de que la acumulación de vegetación fuera la causante del paso del animal por la bajante antes mencionada, no parece lógico pensar que el animal accediera por dicho punto en el que, tanto el escaso espacio libre como la acumulación de maleza en dicho espacio, harían prácticamente imposible el paso del animal.

E) En carreteras de estas características (autovías) se hace prácticamente imposible controlar la existencia de animales en la calzada, ya que éstos pueden irrumpir en la misma introduciéndose por cualquiera de los accesos, abiertos, por los que entran y salen los vehículos.

Así pues, de la existencia de vallado lateral no se deriva necesariamente una relación de causalidad entre el servicio público y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación o traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales.

F) Ha de considerarse que el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento realizado por esta sociedad concesionaria y en concreto, la posible omisión de los elementos encargados de la conservación de la vía y de la retirada de obstáculos existentes en ella, no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que lógicamente no puede serlo una vigilancia intensa y puntual que sin mediar lapso de tiempo, cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito en todo momento. Según lo anteriormente expuesto, no debe imputarse a la Administración, ni al servicio de conservación y explotación que realiza esta empresa concesionaria, responsabilidad alguna por la reclamación efectuada.

G) La señalización tanto vertical como horizontal, así como el balizamiento en toda la autovía y accesos, es la preceptiva según la normativa vigente. Igualmente, el estado del cerramiento es objeto de una inspección diaria por parte del equipo de conservación y vigilancia de esta concesionaria.

Al tratarse de una vía de gran capacidad que discurre alejada de zonas urbanas no dispone de iluminación en ningún tramo como es usual en este tipo de vías.

H) Al no ser materia de su competencia, esta concesionaria no puede emitir ninguna valoración de los daños materiales alegados por el reclamante.

I) No hay constancia, en la fecha del siniestro, de la existencia de desperfectos en la valla de cerramiento colocada en la zona donde se produjo el accidente. Diariamente, el personal de vigilancia adscrito a esta concesionaria realiza inspecciones del estado del cerramiento y elementos de seguridad de la vía”.

SEXTO.- Con fecha 6 de septiembre de 2004 el Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras contesta al requerimiento que, en su momento, le formuló la instructora, indicando que el valor venal del vehículo siniestrado asciende, aproximadamente, a la cantidad de 4.550 euros. En lo que se refiere a la valoración de daños del automóvil, señala el Ingeniero Técnico que el importe de la reparación, 1.480,03 euros, se considera

en principio elevada, *“pero no podemos pronunciarnos al respecto dado que la fotocopia que se nos ha remitido es ilegible por lo que entendemos deberán reclamar nuevamente este documento”*.

Requerido el original o una fotocopia legible de dicha factura y trasladada la misma al Parque de Maquinaria, este servicio envía un nuevo escrito fechado el 26 de septiembre de 2005, en el que se señala un nuevo valor venal del automóvil de la reclamante, 3.048 euros, y se afirma que el coste de la reparación de los daños que se refleja en la factura y que asciende a la cantidad de 1.480,03 euros, se considera coherente con dicho coste en la fecha de la reparación.

SÉPTIMO.- El día 10 de diciembre de 2004 se lleva a cabo la práctica de la prueba testifical propuesta por la reclamante, con el resultado que aparece recogido en el expediente (folios 71 a 76, ambos inclusive).

OCTAVO.- Mediante escrito de 28 de septiembre de 2005 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia a la interesada, sin que hiciese uso de él al no comparecer ni presentar alegación alguna.

NOVENO.- El 29 de marzo de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por entender que no ha quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados. También estima la instructora que no se ha realizado una adecuada evaluación y valoración de los daños que se aduce haber sufrido.

DÉCIMO.- Con fecha 9 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante acredita la titularidad del vehículo en el que se alega haber sufrido daños, gozando, por tanto, de la condición de interesada a efectos de ejercer la presente acción que, a tenor de la fecha de producción de los hechos (27 de julio de 2003), ha sido ejercitada dentro del plazo de un año legalmente establecido (142.5 LPAC).

II. Si bien se ha procurado respetar las previsiones del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), tal objetivo no se ha conseguido, puesto que se observa la omisión de trámites esenciales que, como veremos, obliga a retrotraer las actuaciones para proceder a su práctica.

a) En primer lugar es preciso destacar que se ha omitido el preceptivo informe del servicio público (Dirección General de Carreteras) a cuyo funcionamiento se imputa la

presunta lesión indemnizable (art. 10.1 segundo párrafo RRP). Este informe no sólo es preceptivo sino, además, determinante, debido a la índole técnica de la causa que se señala como originadora de los daños (deficiente estado de la valla metálica que discurre paralela a la autovía, así como del canal de evacuación de agua). El informe debe, pues, analizar si las condiciones de la valla y del canal por el que, al parecer, se introdujo el animal en la vía, eran correctas en su configuración y mantenimiento.

El parecer técnico, que en este punto debe suministrar el órgano administrativo competente, no puede sustituirse por el de la empresa concesionaria, y ello porque, como ya tuvo ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en su Dictamen 16/2007, dicha mercantil ocupa una posición jurídica, respecto de la reclamante, de distinto alcance que la Administración titular de la autovía y, en potencia, ambas pueden promover intereses que entren en conflicto. Por ello, procede que se emitan ambos informes: el del órgano administrativo (exigido por el citado artículo 10.1 segundo párrafo RRP) y el de la empresa concesionaria (artículos 1.3 RRP y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ya que el Centro directivo correspondiente no puede abdicar de sus competencias (art. 12.1 LPAC). No obstante, si el parecer del técnico de la Administración fuera coincidente con el de la concesionaria, el informe administrativo podría sustituirse por una ratificación expresa por parte de aquél del contenido del informe del contratista.

Por otra parte, como se afirmaba en el citado Dictamen 16/2007, *“el carácter determinante del informe en cuestión implica, por su naturaleza, que el procedimiento no pueda resolverse válidamente sin obtener aquél. Ello no significa que sea vinculante, pues las consideraciones técnicas que contenga podrían ser contradichas por las alegaciones de otras partes por medio de la oportuna prueba, pero sí que es un acto de instrucción indispensable previo a la resolución final. En este sentido, que el artículo 42.5, c) LPAC citado establezca que la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento no podrá exceder de tres meses cuando tal suspensión venga motivada por la petición de esta clase de informes, no autoriza a resolver aquél prescindiendo de dicho informe, sino sólo que se produce el efecto de reanudar el plazo de resolución, a efectos de que el interesado que lo haya promovido pueda, en su momento, considerar transcurrido dicho plazo máximo y acudir a la vía judicial, si tal falta de resolución expresa tuviera un sentido desestimatorio de su instancia”*.

b) En segundo lugar, y como consecuencia del defecto procedimental al que se hace referencia en el apartado anterior, se produce el de no haber emplazado como interesado al contratista, al que se ha considerado como un mero informante, pues ni se le notificó en su momento la incoación del procedimiento ni se le ha otorgado trámite de audiencia final, junto al ofrecido al reclamante, vulnerándose, así, lo dispuesto en los citados artículos 1.3 *in fine* RRP y 97 TRLCAP. Conviene aquí recordar la STSJ de Galicia, a la que ya se hacía mención en el citado Dictamen 16/2007, en la que se afirma que la falta de emplazamiento en calidad de interesado no puede considerarse subsanada con la solicitud de informe, debido a la distinta naturaleza de ambas posiciones jurídicas (la de informante y la de presunto responsable).

c) En tercer y último lugar, no se ha despejado en el expediente la contradicción existente entre los dos informes emitidos por el Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, en los que, sin motivo aparente que lo justifique, se señala distinto valor venal del vehículo siniestrado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede retrotraer las actuaciones para que se soliciten nuevamente y se emitan informes del Servicio competente a que se refiere el artículo 10.1 RRP y del Parque de Maquinaria indicando el valor venal del automóvil accidentado, tras lo cual deberá otorgarse un nuevo trámite de audiencia a los interesados (reclamante y contratista), previamente a la formulación de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida, junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto, por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por todo lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 142/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D^a. M. Á. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 22/10/07

Extracto de Doctrina

La lex artis es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la lex artis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico (Dictamen 191/2006).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El escrito de reclamación se presentó el 14 de abril de 2004 expresando la interesada, a través de su representante, que su esposo, D. J. M. S. M., falleció el 31 de enero anterior, tras un proceso que expone como sigue: Con motivo de un movimiento rutinario, el Sr. S. sufrió el 1 de abril de 2003 un intenso dolor en el hombro, siendo atendido en urgencias del Hospital Los Arcos, donde se le diagnosticó “*tirón en el hombro izquierdo*”, se le recetaron fármacos y fue remitido a su casa. Con fecha 13-4-03, acudió de nuevo al Hospital Los Arcos ante un incesante e insoportable dolor; tras la exploración

se le diagnosticó lumbalgia aguda, le cambiaron la medicación y lo remitieron a su Centro de Salud; con fecha 14-4-03 fue dado de baja laboral.

El 21 de abril siguiente, ante el empeoramiento de su estado físico, fue atendido en la puerta de Urgencias del Centro de Salud del Pilar de la Horadada, y obtuvo el mismo diagnóstico, siendo remitido de nuevo a su domicilio.

Con fecha 25 de abril de 2003 acudió al Hospital de la Vega Baja (Orihuela, Alicante), donde le fue diagnosticada la misma dolencia (lumbalgia) y le entregaron volante para acudir al traumatólogo el 12 de mayo siguiente, el cual, a pesar del estado lamentable en que se encontraba y que era evidente que no caminaba bien, que estaba desorientado y que tenía un bulto en el cuello de considerable tamaño, no le dio mayor importancia.

Añade que, ante la insostenible situación y la falta de respuesta por parte de la administración sanitaria, el 29 de abril de 2003 se trasladaron al Hospital S. J., en Torrevieja, donde le fue practicada, con fecha 5 de mayo de ese año, una RMN, que acreditó la existencia de un carcinoma de *Cavum*, le fueron diagnosticados conglomerados ganglionares cervicales, metástasis hepáticas y óseas múltiples, y derrame pleural escaso, bilateral. Quedó ingresado.

Finalmente, tras un largo devenir e ingente gasto médico, ingresó en la UCI de dicho hospital, donde falleció el 31 de enero de 2004.

La interesada termina solicitando que se tenga por presentado el escrito y por interpuesta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación (23 de abril de 2004) y notificado ello tanto a la interesada como a la compañía de seguros del Servicio Murciano de Salud, la instrucción del procedimiento ha dado lugar a las siguientes actuaciones:

A) Documentación médica del Servicio Murciano de Salud:

1) Historia clínica del fallecido, en la que constan los informes de urgencias del Hospital Los Arcos de los días 1 y 13 de abril de 2003, con los diagnósticos respectivos, tras sendas radiografías, de “tirón hombro izquierdo” y “lumbalgia aguda”. En el primero se le recomienda acudir al médico de cabecera en menos de 24 horas, y en el segundo se le remite a su centro de salud. En este segundo el paciente refiere dolor lumbar de una semana de evolución.

2) Informe del Dr. J. M. R. S.: *“En referencia a la asistencia en Urgencias de D. J. M. S. M. el día 1 de abril de 2003 en base al informe de Urgencias ya que no conozco ni recuerdo a la persona antes mencionada tengo que exponer: Que como Médico Adjunto firmante de la alta atendí a D. J. M. S. M.: por un Accidente Laboral que él refirió que presentaba dolor en hombro izquierdo por esfuerzo en el trabajo, que tenía una radiografía de hombro izquierdo sin lesión ósea (como suele ser en los esfuerzos), por lo tanto le diagnosticué sintomáticamente de tirón en hombro izquierdo, que le puse tratamiento médico y, por último, remití a su Médico de cabecera en 24 horas o antes si hubiera algún problema, como siempre hago al tratarse de una asistencia “urgente”, para que éste confirme mi presunción diagnóstica y continúe el tratamiento y/o remita al especialista correspondiente.”*

3) Informe del Dr. A. L. N. en el que manifiesta:

“El paciente D. J. M. S. M. fue atendido en una única ocasión por el que suscribe, en calidad de médico interno residente (MIR) de primer año, la tarde del 13 de abril del 2003 en el servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos según informe médico de urgencias.

En dicho informe se hizo constar lo siguiente:

Que el paciente es alérgico a Dogmatil y a Torecan.

Que el motivo de consulta (MC) del paciente fue un dolor de espalda que venía padeciendo desde hacía una semana, y que tras explicar sus características catalogó inicialmente de “dolor lumbar mecánico de una semana de evolución”.

Al realizarle la exploración física (EF) se observó un “dolor a la palpación en región lumbar paravertebral izquierda” que el paciente refiere no irradiarse, cosa que se comprueba mediante la maniobra de Lasegue, que resultó negativa.

A continuación se solicitó Radiografía de columna lumbar, en la que no se aprecia lesión ósea.

Ante este cuadro, se diagnosticó al paciente de “Lumbalgia aguda” y se le pautó el siguiente tratamiento:

- Airtal 100 comprimidos (Aceclofenaco, antiinflamatorio): 1 comprimido por la mañana y otro por la noche.*
- Myolastan comprimidos (tetracepam, relajante muscular): 1 comprimido por la noche.*
- Aspítopic gel (Etofenamato, antiinflamatorio tópico): 1 aplicación tres veces al día.*
- Ceprandal comprimidos (Omeprazol, protector gástrico): 1 comprimido al día.*

En el informe médico se hizo constar la necesidad de que el paciente acudiera a su Centro de Salud para seguimiento de su estado y valorar evolución, dándole el alta el mismo día a las 19.50 horas.

Por lo anteriormente descrito considero correcta la actuación, dados los síntomas manifestados por el paciente, el resultado de la exploración física y de la radiografía practicada, pautando tratamiento sintomático y derivándolo a su médico de familia para control y seguimiento, lo que se llevó a cabo el siguiente día 14 de abril de 2003”.

4) Informe de la Inspección Médica indicando que el carcinoma nasofaríngeo suele ser una entidad clínica de curso insidioso y manifestaciones poco específicas, por lo que es difícil establecer su diagnóstico precoz; añade que los servicios de urgencias hospitalarios prestan la asistencia sanitaria necesaria para atender la causa que ha llevado al enfermo a acudir al mismo. Si se trata de patologías graves, en las cuales peligra la vida del paciente, la asistencia debe ser inmediata y con la extensión que precise. Sin embargo, en patologías crónicas o no urgentes, que presentan brotes de agudización, se trata el síntoma que se haya exacerbado para, una vez estabilizado, derivar al paciente a su médico habitual para ampliar estudio y continuar el tratamiento. Finaliza con la conclusión siguiente:

“Considero que no se evidencia que la asistencia recibida por D. J. M. en el Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos no fuera correcta, y no se puede catalogar de error de diagnóstico de la administración sanitaria, ni lentitud en el diagnóstico y tratamiento, por

no establecer el diagnóstico de un carcinoma en un Servicio de Urgencias, donde se consulta por sintomatología tan inespecífica como dolor lumbar de una semana de evolución o dolor en hombro izquierdo de aparición aguda. No hay constancia de que se mencionara la existencia de adenopatías cervicales, ni astenia ni anorexia ni síndrome contusiona”.

5) Informe médico aportado por la compañía de seguros, en el que se insiste en que no existió retraso en el diagnóstico, sino una imposibilidad de realizar el mismo antes, pues la clínica por la que consultó inicialmente el paciente no sugería la presencia de la patología que luego se descubrió; concluye lo siguiente:

“1º) D. J. M. S. M. consultó en tres ocasiones en los servicios públicos de salud por un cuadro de lumbalgia de corta evolución.

2º) El manejo realizado fue correcto desde el punto de vista terapéutico y diagnóstico, realizándose hasta dos estudios radiológicos pese a no ser obligada su práctica en los diversos protocolos publicados en la literatura.

3º) En la última asistencia prestada en la medicina pública, tan sólo 12 días después de su primera consulta por lumbalgia, se recomendó con buen criterio su derivación al Traumatólogo ante la persistencia de la sintomatología pese al tratamiento pautado.

4º) El paciente decide abandonar voluntariamente la medicina pública, acudiendo a la medicina privada donde por otra parte el cuadro clínico y la exploración inicial es compatible con la realizada en la medicina pública.

5º) No es sino a la vista de la RMN solicitada cuando se sospecha la presencia de patología tumoral y en una valoración ya dirigida, el enfermo refiere sintomatología que no había relatado hasta ese momento (astenia, anorexia, pérdida de peso).

6º) En la exploración física realizada con el diagnóstico de sospecha de patología tumoral se objetivan adenopatías cervicales. Su exploración no es necesaria y no se encuentra protocolizada en la valoración de un cuadro de lumbalgia como el que presentaba el paciente en su atención en la medicina pública.

7º) El diagnóstico de cáncer de cavum se produjo como consecuencia del análisis histológico de las muestras tomadas de las adenopatías cervicales, pues el enfermo no presentaba ningún síntoma que permitiera sugerir este diagnóstico.

8º) Esta circunstancia es muy habitual, el cáncer de cavum suele mantenerse asintomático hasta que el mismo se encuentra en un estadio muy avanzado. En concreto en este paciente el debut fue con una enfermedad metastásica.

9º) Tras el diagnóstico del cáncer de cavum el paciente decidió continuar tratamiento en la medicina privada, pese a que dicho tratamiento se encuentra disponible en la medicina pública. La evolución fue desfavorable como es habitual en los casos en los que como este el tumor se encontraba en una situación muy avanzada al diagnóstico.

10º) En nuestro criterio no existe retraso en el diagnóstico, que en todo caso de haberse realizado 3 semanas antes no hubiera cambiado el pronóstico ni el curso evolutivo de este enfermo.

11º) Los profesionales de la medicina pública actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.

B) Documentación médica aportada por la reclamante, en parte referida a la asistencia recibida por el fallecido en otros centros sanitarios:

1) Hoja de urgencias del Centro de Salud del Pilar de la Horadada (Alicante), del día 21 de abril de 2003, con el diagnóstico de lumbalgia.

2) Hoja de urgencia del Hospital de Orihuela (Alicante), del 22 de abril, también con el diagnóstico de lumbalgia, remitiéndole al traumatólogo.

3) Informe y otra documentación del Hospital S. J., de Torrevieja (Alicante). Después de una primera consulta traumatológica el 29 de abril de 2003, fue ingresado el 5 de mayo siguiente practicándole resonancia magnética de columna, TAC de cuello y toraco-abdomino-pélvico (8 de mayo de 2003) y exploración de otorrinolaringología, resultando de ello la existencia de un carcinoma con metástasis hepáticas y óseas múltiples. El día 9 de mayo inicia tratamiento quimioterápico, siendo dado de alta hospitalaria el 24 de mayo de 2003.

4) Certificado médico de ausencia de padecimiento de otras enfermedades, emitido por el doctor J. M. O., con ejercicio profesional en el Pilar de la Horadada (Alicante); también los resultados favorables de un reconocimiento médico efectuado por I., mutua de trabajo y enfermedades profesionales, el 25 de julio de 2002.

TERCERO.- La reclamante propuso la práctica de prueba testifical de los médicos del Hospital S. J., así como de su médico de cabecera, denegada por el servicio instructor por considerarla innecesaria, dado que por el Servicio Murciano de Salud, según se dice, sólo se enjuicia a los facultativos propios. Reiterada la proposición fue nuevamente rechazada, con la sugerencia de que, si así lo consideraba oportuno, podría la reclamante aportar informe pericial de los médicos citados.

La reclamante presentó escrito de alegaciones el 14 de noviembre de 2005 oponiéndose a la denegación de la prueba testifical propuesta, argumentando la lesión del derecho reconocido en el artículo 24 CE; aporta, además, copia de literatura médica sobre la lumbalgia; en un nuevo escrito de alegaciones, presentado el 26 de diciembre de 2005, impugna el informe médico de la compañía de seguros y reitera su oposición a la denegación de la prueba testifical. Mediante escrito que entró en el registro de la Consejería el 28 de abril de 2005 había solicitado que se impulsara la instrucción del procedimiento.

CUARTO.- Una vez formulada propuesta de resolución y elevada la consulta al Consejo Jurídico, éste emitió el Dictamen 75/2006, en el que se pronunció desfavorablemente sobre la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción con la declaración testifical pedida por la reclamante, cuya práctica había sido rechazada por la instrucción con el riesgo de vulnerar el derecho fundamental del artículo 24.2 CE, debiendo elevarse de nuevo la consulta para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

QUINTO.- Practicada la prueba testifical de los Doctores S. (Hospital S. J. de Torrevieja, provincia de Alicante) y M. O. (Médico de cabecera del fallecido, perteneciente al Centro Médico S. C., del Pilar de la Horadada, provincia de Alicante), y constando el compromiso de la reclamante de aportar las radiografías hechas al paciente en los Hospitales de Los Arcos y S. J. (folio 294), fue emitido nuevo informe por la Inspección Médica en el que se ratifica en las conclusiones emitidas en el anterior. Expone que no se evidencia que la asistencia sanitaria recibida por el fallecido en el servicio de urgencias del Hospital Los Arcos fuese incorrecta, porque no establecer el diagnóstico de carcinoma en un Servicio de Urgencias no puede catalogarse como error de diagnóstico, especialmente si el paciente

acudió a dicho servicio por dolor en el hombro izquierdo tras un movimiento rutinario, por lo que focalizó el dolor en sitio diferente a la adenopatía, además de que las radiografías podían no detectar las metástasis óseas. La sintomatología del paciente evidenciaba un cuadro de dolor mecánico y no había indicios de patología tumoral. Destaca también que tales radiografías no constan en el expediente.

SEXTO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la interesada y a la compañía de seguros, ninguna compareció, formulándose nueva propuesta de resolución el 13 de abril de 2007, concluyendo en desestimar lo reclamado.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento

La reclamación ha sido interpuesta por la esposa e hijos del fallecido, que ostentan legitimación activa para reclamar en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, como ya se advirtiera en el Dictamen 75/2006, no suscita duda que una parte de la actuación a la que los reclamantes imputan el daño se desarrolla en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional. En concreto, según la historia clínica, el fallecido fue atendido en el Hospital Los Arcos, dependiente del Servicio Murciano de Salud, los días 1 y 13 de abril de 2003. El resto del proceso de atención sanitaria fue seguido fuera del servicio autonómico, por lo que de ello no pueden resultar daños imputables a la Comunidad Autónoma. Se produce así una concurrencia entre dos Administraciones en la que es perfectamente separable la actuación de cada una y, por tanto, la imputabilidad de los efectos dañosos.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar.

Por último, el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, si bien se aprecia que el escrito de iniciación del procedimiento no cumple los requisitos que debiera tener según lo establecido en el artículo 6 RRP, al carecer de la evaluación de la responsabilidad, por lo que se debió solicitar a los reclamantes la oportuna subsanación.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, y así se prueba en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concorra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos, normalmente, serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen 56/2005). La *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico (Dictamen 191/2006).

II. El fallecido acudió al servicio de urgencias del Hospital Los Arcos el día 1 de abril de 2003 aquejado de un intenso dolor en el hombro izquierdo, de etiología laboral, producido por un traumatismo. El estudio radiológico no reveló alteraciones óseas y, una vez reconocida la inflamación de la zona, se le diagnosticó de tirón en dicho hombro izquierdo y se le prescribió la oportuna medicación, quedando las radiografías en custodia del enfermo para facilitar el seguimiento clínico por el médico de cabecera, al que debiera haber acudido en 24 horas. No consta que lo hiciera, y a la reclamante correspondía haberlo probado, al ser el médico de cabecera ajeno al SMS. El día 13 de iguales mes y año acudió de nuevo al mismo servicio de urgencias, aquejado ahora de dolor lumbar de una semana de evolución.

La Inspección Médica afirma, razonadamente, que en un servicio de urgencias se atienden los síntomas exacerbados, derivando al paciente a su médico de cabecera, y el informe de la compañía de seguros afirma que en los protocolos de urgencias por lumbalgias no se encuentra recogido efectuar un reconocimiento que conduzca a un diagnóstico de cáncer de *cavum* que, además, es una enfermedad que suele mantenerse asintomática hasta que se encuentra en un estado muy avanzado. Coinciden ambos informes en manifestar que no se evidencia mala praxis ni retraso diagnóstico.

El Dr. S., testigo de la reclamante, reconoce que si el primer día que acude a Urgencias del Hospital Los Arcos el paciente focaliza el dolor en otra parte es probable no apreciar la adenopatía, y que es posible que en las radiografías que se le hicieron al paciente las veces que acudió a Urgencias de los Arcos no se aprecien alteraciones óseas, dado su nivel de sensibilidad inferior que las mismas tienen con respecto a un Scanner o RMN. También manifiesta, con respecto a la primera asistencia en Urgencias el día 1 de abril de 2003 que, en principio, la actuación fue correcta, y que en un paciente que consulta por dolor e inflamación en el hombro izquierdo tras haber sufrido un traumatismo en dicha localización y las radiografías no demuestran alteraciones óseas, no se debe incluir en el diagnóstico diferencial la posibilidad de una enfermedad tumoral como causa de dicha sintomatología.

Con respecto a la asistencia del día 13 de abril de 2003 reconoce que la lumbalgia como hecho aislado no requiere la realización de pruebas complementarias y su manejo se basa en la administración de tratamiento sintomático. Aunque estima como factor fundamental que debiera haberse considerado la historia previa del paciente, es decir, que estaba tomando antiinflamatorios desde el 1 de abril de 2003, ello no debe tener trascendencia a los efectos determinantes de mala praxis, dado que, como manifiesta la propuesta de resolución, según la hoja de asistencia de ese día, el paciente no comunica que 12 días antes había acudido por dolor en el hombro y que estaba tomando analgésicos, lo cual supone el incumplimiento por su parte del deber de comunicar los datos necesarios sobre su estado físico (art. 2.5 de la Ley 41/02, de 14 de noviembre)

Con respecto a la declaración testifical del Dr. M. O., éste no llega a manifestarse sobre la corrección o no de la actuación al no tener las radiografías que le efectuaron al paciente en el Hospital Los Arcos, las cuales, es preciso señalar, quedaron bajo la custodia del paciente y no han sido aportadas por la reclamante.

III. De todo ello se infiere que la actuación médica fue correcta, al haber practicado todos los medios de diagnóstico a su alcance, aconsejados y empleados como usuales dentro de un servicio de urgencias y en atención a la información facilitada por el paciente, y no tiene la suficiente entidad causal como para fundar la reclamación de responsabilidad promovida. No parece que exista, pues, una dejación en la prestación de la asistencia sanitaria que pudiera llevar a hablar de un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, máxime cuando los síntomas de carcinoma de *cavum* eran de difícil valoración, por ser una entidad clínica de curso insidioso y manifestaciones poco específicas.

Finalmente, la reclamante en ningún estado del procedimiento ha cuantificado el daño.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciarse la existencia de relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 143/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. P. S. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 22/10/07****Extracto de Doctrina**

El artículo 20.1 de la Ley regional 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende: las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a la señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público y protección.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 30 de junio de 2004, la correduría de seguros presenta la reclamación de responsabilidad de D. P. S. P. en el registro general de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos en el vehículo con matrícula X, como consecuencia de un accidente ocurrido el 27 de marzo anterior, que atribuye a la existencia de un gran bache en la Carretera MU-514, en dirección a Blanca.

Acompaña un acta de comparecencia ante el Cabo de Servicio del Ayuntamiento de Abarán, de 28 de marzo de 2004, denunciando los siguientes hechos:

“Que en la noche de ayer, circulaba con un vehículo marca Ford Escora TD, matrícula X, por la circunvalación, al pasar el cruce de Brigitte, en dirección Blanca. Que de pronto noté un fuerte golpe, que hizo que la dirección se me girara de pronto hacia la izquierda, y pareció como si el coche se hubiera metido en un pozo.

Que siguió circulando, pero a 1 Km. más o menos notó que la dirección se ponía dura y costaba mucho trabajo girar el volante. Que bajé del vehículo y observé que la rueda delantera derecha se había vaciado, y que la llanta estaba resquebrajada”.

Además aporta la siguiente documentación:

- Oficio de 4 de mayo de 2004 de la Alcaldía de Abarán, comunicándole al reclamante que el Ayuntamiento no ostenta competencias sobre dicha carretera.
- Fotografía del lugar, donde se aprecian dos socavones (folio 10), fechada a mano el día del accidente.
- Dos facturas, si bien la segunda (folio 6) no es visible por las deficiencias en la reproducción remitida al Consejo Jurídico.
- Fotografías de los daños en el vehículo.
- Declaración de la acompañante sobre la realidad de los hechos que motivan la reclamación (folio 3).

Finalmente el interesado solicita la cantidad de 58 euros, que coincide con una de las facturas (en concepto de profiler, equilibrado de turismo y válvula).

SEGUNDO.- Con fecha de 20 de julio de 2004 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, y se requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud, notificándole a la dirección y domicilio indicado.

TERCERO.- El 6 de septiembre de 2004, el Jefe de Sección del Sector Jumilla de la Dirección General de Carreteras emite informe, manifestando lo siguiente:

“a) La carretera objeto de este informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

b) No se ha tenido conocimiento del accidente indicado.

c) Existen diversas actuaciones de la empresa G. G. S.L., sobre los elementos funcionales de la carretera, que provocaron la rotura del pavimento en este tramo de la carretera donde se denuncia el hecho que origina este expediente de responsabilidad patrimonial. Estas actuaciones fueron denunciadas mediante informes técnicos de denuncia con fechas 18/11 /2003, 17/03/2004 y 1/04/2004.

d) Debido a las actuaciones antes denunciadas, y las lluvias caídas durante el día 27 de marzo, se produjeron daños en la calzada de la carretera de tal magnitud que la Guardia Civil de Tráfico comunica a la Dirección General de Carreteras la existencia de peligro para la circulación. La Brigada de Conservación de Carreteras acude de manera inmediata y, ante la magnitud de los daños y la climatología existente, sólo puede reparar de manera provisional los daños producidos, y señalar la carretera dejando abierto al tráfico sólo un carril de esta carretera. Con posterioridad, una vez que la lluvia lo permitió, se procedió a bachear el tramo de carretera dañado. Hasta el lunes 29 de marzo no se pudo restablecer el tráfico con normalidad por este tramo de carretera. Las actuaciones no legalizables, de acuerdo con el Reglamento General de Carreteras, llevadas a cabo por la mercantil G. G. S.L. en este mismo tramo de carretera, relacionadas con este expediente de responsabilidad patrimonial, se encuentran detalladas en los expedientes de denuncia antes citados, y han motivado las actuaciones de la Brigada de Conservación en otras ocasiones por estas circunstancias.

e) Se considera posible el hecho denunciado de acuerdo a los informes que se tienen en esta Jefatura de Sección de la situación producida, y de las actuaciones llevadas a cabo por la Brigada de Conservación, de acuerdo con lo anteriormente informado.

f) Desde esta sección de carreteras se emite el informe técnico de denuncia a la empresa responsable de cualquier actuación que vaya en contra de lo que establece la legislación vigente, pero como no se nos informa de lo que acontece con posterioridad, y de las medidas adoptadas por el servicio jurídico a la vista de nuestro informe emitido, sólo nos queda actuar a la mayor brevedad posible ante los acontecimientos que surjan con posterioridad”.

CUARTO.- Intentada la notificación al interesado del escrito de subsanación y mejora de la solicitud presentada por el reclamante, sin que se pudiera practicar, el 30 de noviembre de 2004 se intenta por edictos, de conformidad con lo previsto en el artículo 59.5 de la ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC). Sin embargo, el 21 de diciembre de 2004 (registro de salida), el Alcalde del Ayuntamiento de Abarán remite escrito comunicando que el reclamante no está empadronado en ese municipio, ni figura en su callejero el domicilio indicado, tras lo cual el 13 de enero de 2005 se practica nueva

notificación, pero en esta ocasión al municipio de Cieza, siendo finalmente recepcionada por el interesado, que cumplimenta el requerimiento el 28 de enero de 2005, a través de la correduría de seguros del vehículo. En la documentación presentada se rectifica la cuantía anteriormente reclamada, haciéndola coincidir con la suma de las dos facturas presentadas, a través de un escrito suscrito conjuntamente por el que figura como titular del vehículo, D. S. M. M., de acuerdo con el permiso de circulación, y D. P. S. P., en su condición de asegurado, y conductor principal, según la póliza de seguros, acompañando el pago del recibo de la prima correspondiente a la anualidad en la que se produjo el siniestro.

QUINTO.- Con fecha 1 de abril de 2005 se solicita informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras sobre la valoración de los daños, en relación con el modo de producirse el accidente.

SEXTO.- La instructora requiere al reclamante para que acredite la representación de D. S. M. M., en su condición de titular del vehículo, recibiendo un escrito de éste, autorizando a D. P. S. P. para actuar en su nombre. El 23 de mayo de 2005 el órgano instructor le indica que no es suficiente esta manifestación, y requiere al interesado para que la acredite por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, aportando entonces poder notarial de apoderamiento a su favor.

SÉPTIMO.- El 5 de abril de 2006, el Parque de Maquinaria emite informe que alcanza la siguiente conclusión:

“Los daños que se reclaman, que son la rotura de llanta y neumático delantero derecho, al pisar el bache existente pueden corresponder perfectamente a los derivados de este tipo de siniestros.

La valoración de los daños que se hacen en las facturas aportadas, ascendente a la cantidad de 174,85 euros, reclamada por el interesado, se puede considerar conforme con el coste de los mismos en la fecha del accidente”.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia al interesado, presenta escrito de alegaciones (folios 99 y 100), en el que manifiesta que ha quedado acreditado la existencia del bache, y la relación de causalidad del daño con la prestación del servicio público, destacando también el informe favorable del técnico de la Administración (Parque de Maquinaria) sobre la cuantía reclamada.

NOVENO.- La propuesta de resolución, de 11 de abril de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por la falta de prueba del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, sobre la base del informe de la Dirección General de Carreteras, que atribuye, además, a la empresa G. G., S.L., la rotura del pavimento en este tramo de la carretera, existiendo diversas denuncias al respecto por parte de técnicos del citado centro directivo.

DÉCIMO.- Con fecha 16 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Se ha acreditado la legitimación del reclamante, de conformidad con el artículo 139.1 LPAC en su doble condición: por un lado, como asegurado del vehículo, las facturas han sido expedidas a su nombre por los talleres de reparación; por otro, ha quedado acreditado la representación para actuar en nombre del titular del vehículo, a requerimiento de la instructora.

II. La reclamación ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC, pues el accidente ocurrió el 27 de marzo de 2004, y la acción se ejercitó el 30 de junio siguiente, cuando se presentó la documentación por la correduría de seguros, aunque la solicitud de reclamación por parte del interesado aparece suscrita el 8 de junio anterior.

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), salvo en el plazo máximo para resolver, que ha rebasado ampliamente los plazos previstos en el artículo 13.3 del citado Reglamento, si bien algunas demoras producidas en la tramitación son imputables al reclamante, al indicar erróneamente el municipio donde tiene su domicilio (folio 13), y no despejar, desde el inicio, las dudas sobre la legitimación con la que actuaba.

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

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*” en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

Específicamente en materia de carreteras, corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según establece el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley regional 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende: las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las refe-

rentes a la señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público y protección.

A partir de este planteamiento, la reclamación se fundamenta en una omisión de la Administración, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, el reclamante solicita el abono de los gastos causados por el accidente, que considera que se debió a una deficiencia viaria.

Veamos la concurrencia en el presente supuesto de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad patrimonial:

1) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2 LPAC).

La instructora reconoce que ha quedado probado el daño en el vehículo, mediante la aportación de las facturas correspondientes, y la denuncia presentada ante el Ayuntamiento de Abarán. A mayor abundamiento, el informe del Parque de Maquinaria reconoce que los daños que reclama pueden corresponder perfectamente a los derivados de este tipo de siniestros (rotura de llanta y neumático delantero).

2) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

Por tanto, para determinar la concurrencia del nexo causal, el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño, y el nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico):

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, ya citada.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, ya citado).

Según la propuesta de resolución, no ha quedado probada la existencia misma del accidente en la medida en que no se ha aportado el Atestado que lo acredite, y que determine sus circunstancias, obrando únicamente la denuncia ante el Ayuntamiento de Abarán. Por tanto, considera que no ha resultado acreditado que el hecho se haya producido en la citada vía, al no existir prueba de otro tipo que lo sustente. En cualquier caso, concluye, la actuación desarrollada por la Dirección General de Carreteras, a través de sus Brigadas de Conservación, parece suficiente.

Ciertamente nos encontramos con algún vacío probatorio, en relación con el nexo causal entre la actividad de la Administración (en su vertiente de omisión de los deberes de conservación), y el daño alegado que obliga a este Consejo Jurídico a acudir al principio de la carga de la prueba, y a las normas sobre el reparto del *onus probandi*, para determinar hasta donde ha llegado la diligencia probatoria de cada una de las partes, en función de sus disponibilidades, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 150/2006.

El reclamante ha aportado al procedimiento los medios de prueba que disponía a su alcance; es decir, fotografías de las deficiencias en una carretera y de los daños sufridos, facturas, declaración de un testigo (su acompañante, hermana del titular del vehículo), y el acta de comparecencia ante la Policía Municipal de Abarán para denunciar los hechos, al día siguiente de producirse el accidente.

Indudablemente, de haber existido Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, o de la Policía Municipal, habría facilitado la prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado; no obstante, la labor del órgano instructor consiste en traer al expediente toda la información que puede ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, es decir, le corresponde los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse el órgano competente (artículo 78.1 LPAC); en su virtud, podría haber solicitado informe al Ayuntamiento de Abarán sobre el estado de la calzada, y si las fotografías aportadas correspondían al lugar descrito en la denuncia; o podía haberse practicado la prueba testifical de la acompañante, conforme al principio de intermediación, con la posibilidad de contraargumentar (Memoria correspondiente al año 1999, páginas 43 y 44).

Pero, en orden a la probanza del referido nexo causal, es indudable que el técnico de la Dirección General de Carreteras (folios 23 y 24) corrobora la existencia de daños en la circunvalación de Abarán, dirección a Blanca, el 27 de marzo de 2004, que, sumados a las lluvias caídas, eran de tal magnitud que la Guardia Civil de Tráfico comunicó a la Dirección General de Carreteras la existencia de peligro para la circulación, acudiendo la Brigada de Conservación de Carreteras de modo inmediato, dejando abierto al tráfico sólo un carril. Congruentemente afirma que *“considera posible el hecho denunciado, de acuerdo a los informes que se tienen en esta Jefatura de Sección de la situación producida, y de las actuaciones llevadas a cabo por la Brigada de Conservación”*.

En consecuencia, el Consejo Jurídico alcanza la conclusión de la verosimilitud del nexo causal entre el daño alegado y el estado en que se encontraba el tramo de la carretera bien visible con las fotografías aportadas; otra cuestión diferente es la eficacia en el restablecimiento de las medidas de seguridad, por parte de las Brigadas de Conservación, a que alude la instructora, y que no es objeto del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

Restaría por clarificar qué incidencia puede tener en el nexo causal, en relación con los deberes de conservación del titular de la carretera, las actuaciones de una empresa denunciadas por el técnico de la Dirección General, que manifiesta desconocer las medidas sancionadoras adoptadas con posterioridad por el órgano competente (folio 24). En este sentido no obra en el expediente, salvo lo relatado por el técnico, copia de las denuncias efectuadas, y de los expedientes instruidos, correspondiendo a la Administración la carga de probar la ruptura del nexo causal, como se expone seguidamente, sin que haya acreditado nada, en este sentido, el órgano instructor:

“El carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia” (por todas, STS, Sala 3ª, de 20 de mayo de 1998).

En todo caso, bien se aplique la titularidad del servicio como criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial (artículo 140.2 LPAC), bien el criterio de la intensidad de la obligación de conservación, corresponde a la Administración regional la potestad de suspender cualquier tipo de actuación que afecte al dominio público viario, y pueda ocasionar riesgo para los conductores, sin perjuicio de las sanciones aplicables a la empresa causante de estos daños si no dispusiera de la pertinente autorización, previa tramitación de los expedientes sancionadores, con la posibilidad de imponer también una indemnización por los daños causados (artículo 34.2 de la Ley 25/1988, ya citada).

3) Antijuridicidad del daño (artículo 141.1 LPAC).

Por último, se trata de daños que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar conforme a la ley, ya que incumbe a la Administración el deber de mantener las carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

De acuerdo con el informe del Parque de Maquinaria ha de indemnizarse al reclamante por el valor de la reparación del vehículo, es decir, 174,85 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC; no obstante conviene hacer la advertencia de que la copia de una de las facturas no es visible, por lo que ha de recordarse que las reproducciones de documentos que integran el expediente deben permitir su lectura.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución, al concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria se determinará conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 144/07.- Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2008.**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)****Fecha: 26/10/07****Extracto de Doctrina**

1. *Es de recordar aquí la distinción realizada por la Exposición de Motivos de la dicha Ley 7/2004, que focaliza la cualidad de las entidades públicas empresariales en la realización de actividades y servicios sujetos a contraprestación económica, aspecto esencial para poder calificar como tal entidad pública empresarial al Instituto que se pretende crear. La memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas omite las explicaciones que serían necesarias sobre la motivación técnica que impulsa la creación de tal ente, incumpliendo así lo prevenido en el artículo 46.3 de la Ley 6/2004. Tampoco ha merecido su cita en la Exposición de Motivos, y llama la atención que su creación se separe de lo que establece la Disposición adicional sexta del propio Anteproyecto.*

2. *El contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios, resultando dudoso que tal afirmación comprenda la creación, mediante la Disposición adicional octava, del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia, que se configura con el carácter de entidad pública empresarial gestora de competencias financieras. Se trata de una norma relativa a ciertos aspectos de la hacienda pública pero, en su esencia, es de carácter organizativo, sin que se perciba por la misma un efecto evidente e inmediato, real y no meramente circunstancial, en los presupuestos de la Comunidad Autónoma (STC 34/2005, FJ 4, a sensu contrario), especialmente cuando su entrada en funcionamiento se demora hasta bien entrado el ejercicio al que el Presupuesto se refiere, y permanecerá cuando éste expire, ya que no es una norma de vocación anual sino permanente. Por ello, no se justifica su inclusión en el contenido eventual de la Ley de presupuestos, aspecto que, como se ha indicado, omite la memoria que acompaña al Anteproyecto. La trascendencia de la medida aconseja que no sea adoptada sin una suficiente reflexión sobre su alcance, en la que participen el conjunto de Consejerías y organismos de la Comunidad Autónoma.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el marco de lo previsto en la Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública de 12 de julio de 2007 (BORM de 14 de julio), se ha elaborado por la Consejería el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el año 2007, incorporándose al mismo, a instancias de la Directora General de Presupuestos y Finanzas, la información de su competencia comunicada por las restantes Consejerías y organismos.

SEGUNDO.- En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, de 15 de octubre de 2007, justificativa de las modificaciones introducidas en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente, motivando las mismas, esencialmente, en la necesaria adaptación a lo regulado con carácter básico por el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008.

b) Informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General, de 16 de octubre de 2007, favorable a la redacción propuesta.

c) Informe del Secretario General emitido, según dice, a los efectos del artículo 46, apartado 4, de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno.

d) Informe de impacto por razón de género, de 15 de octubre de 2007.

TERCERO.- El 19 de octubre de 2007 el Consejo de Gobierno acordó, a propuesta de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, que se recabase el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, lo que se hizo mediante escrito que tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo el día 22 de igual mes y año.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En atención a lo dispuesto por el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que la Ley de Presupuestos goza de las características generales de las leyes, a pesar de sus peculiaridades materiales y procedimentales.

Aunque la consulta no haga referencia a ello, el presente Dictamen se emite, además, con la máxima urgencia, dado que el artículo 46.2 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia establece que la presentación del Presupuesto a la Asamblea debe hacerse con una antelación mínima de dos meses a la iniciación del correspondiente ejercicio, urgencia que sólo permite acometer el estudio de las cuestiones básicas.

SEGUNDA.- Procedimiento, contenido y limitaciones del Anteproyecto.

I. Procedimiento. Aunque se han cumplido en lo esencial las normas de procedimiento previstas en el artículo 46 de la Ley 6/2004, ha de destacarse que, según el apartado 4 del mismo, la facultad de elevar el Anteproyecto a la consideración del Consejo de Gobierno para que decida sobre ulteriores trámites corresponde a la Comisión de Secretarios Generales, cuya intervención se ha preterido.

También desde el punto de vista procedimental se aprecia que el informe que corresponde emitir al Vicesecretario, según el apartado 4 de ese mismo precepto legal, es suscrito por el Secretario General, dada la vacante de aquél, actuación que no es fácilmente encajable en el sentido y finalidad que tiene ese informe (Dictamen 185/2005) dando lugar a una alteración del ejercicio de la competencia que mejor podría resolverse, para este caso, mediante el encargo de la suplencia en el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General (artículo 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

Respecto a la Disposición adicional octava, y al margen de otras observaciones sobre ella, falta la propuesta de estatutos y el plan inicial de actuación del ente, tal como requiere el artículo 40.3 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional; es de recordar aquí la distinción realizada por la Exposición

de Motivos de la dicha Ley 7/2004, que focaliza la cualidad de las entidades públicas empresariales en la realización de actividades y servicios sujetos a contraprestación económica, aspecto esencial para poder calificar como tal entidad pública empresarial al Instituto que se pretende crear. La memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas omite las explicaciones que serían necesarias sobre la motivación técnica que impulsa la creación de tal ente, incumpliendo así lo prevenido en el artículo 46.3 de la Ley 6/2004. Tampoco ha merecido su cita en la Exposición de Motivos, y llama la atención que su creación se separe de lo que establece la Disposición adicional sexta del propio Anteproyecto.

II. Contenido. A) La particular función del Texto Articulado objeto de dictamen hace que sea sustancialmente coincidente con el de anteriores ejercicios, tanto en su estructura como en su contenido; consta de 52 artículos distribuidos en seis títulos, 8 disposiciones adicionales y 2 finales, pudiéndose observar que su extensión es fruto del proceso de reducción progresiva del ámbito material del Texto Articulado de la Ley del Presupuesto a los aspectos relacionados con los estados de ingresos y gastos, en consonancia con la función que el bloque de constitucionalidad le reserva, tal como este Consejo ha venido señalando en anteriores Dictámenes. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el contenido de la Ley de Presupuestos se distinguen dos tipos de preceptos: en primer lugar los que responden al contenido mínimo, necesario e indisponible de la misma, que está constituido por la determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos; y, por otro lado, los que conforman lo que la citada jurisprudencia ha denominado contenido eventual, en la medida que se trata de materias que guardan relación directa con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gastos o los criterios de política económica general, que sean complemento para la más fácil interpretación y más eficaz ejecución de los Presupuestos y de la política económica del Gobierno.

Desde esa perspectiva puede afirmarse que el contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios, resultando dudoso que tal afirmación comprenda la creación, mediante la Disposición adicional octava, del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia, que se configura con el carácter de entidad pública empresarial gestora de competencias financieras. Se trata de una norma relativa a ciertos aspectos de la hacienda pública pero, en su esencia, es de carácter organizativo, sin que se perciba por la misma un efecto evidente e inmediato, real y no meramente circunstancial, en los presupuestos de la Comunidad Autónoma (STC 34/2005, FJ 4, a *sensu* contrario), especialmente cuando su entrada en funcionamiento se demora hasta bien entrado el ejercicio al que el Presupuesto se refiere, y permanecerá cuando éste expire, ya que no es una norma de vocación anual sino permanente. Por ello, no se justifica su inclusión en el contenido eventual de la Ley de presupuestos, aspecto que, como se ha indicado, omite la memoria que acompaña al Anteproyecto. La trascendencia de la medida aconseja que no sea adoptada sin una suficiente reflexión sobre su alcance, en la que participen el conjunto de Consejerías y organismos de la Comunidad Autónoma.

B) El Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (Decreto-Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre) recoge un conjunto de principios presupuestarios a los que, en buena técnica, el Anteproyecto debe ajustarse. Su enunciado es suficientemente amplio como para admitir diversas opciones de la misma bondad normativa, lo que permite afirmar que el texto sometido a consulta es, esencialmente, respetuoso con los mismos, si bien cabe advertir una tendencia creciente al ensanchamiento de las excepciones a alguno de ellos, como al de especialidad, a través de las numerosas ampliaciones de créditos.

III. Limitaciones del Anteproyecto derivadas de las competencias estatales. Con reiteración viene indicando este Consejo que aunque el objeto de la consulta es el texto articulado del Anteproyecto y no los Presupuestos en sí mismos, ello no excluye que, para una íntegra comprobación jurídica, sea necesario el conocimiento de determinadas cifras, en concreto de las que permiten derivar efectos jurídicos para apreciar la adecuación de dicho texto articulado a otras normas, puesto que su omisión produciría una limitación del Dictamen, al no poderse realizar una valoración general de la adecuación del Anteproyecto al conjunto del ordenamiento, y que sólo, a lo más, cabría presumir (Dictámenes 70/99, 62/00, 92/01, 167/03, y 162/06).

Por ello, viene estimando este Consejo que los elementos de contraste fundamentales para el análisis jurídico del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región deben permitir comprobar, necesariamente, las siguientes partes de su contenido:

1º) El cumplimiento de las limitaciones derivadas del principio de estabilidad presupuestaria, en los términos que se define por la Ley 18/2001, de 18 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y por la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior (modificadas, respectivamente, por la Ley 15/2006, de 26 de mayo, y por la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, vigentes a partir del 1 de enero de 2007). Entre la documentación remitida no figura la relativa al objetivo de estabilidad presupuestaria (art. 7 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre), si bien se refiere a ello la Exposición de Motivos.

2º) El cumplimiento de la normativa básica estatal en materia de retribuciones y su incremento anual, dato que, siguiendo lo reflejado en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, es de forzoso seguimiento por todas las Administraciones Públicas, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Anteproyecto sigue lo que se califica como normativa básica en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3º) Los límites que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas impone a éstas en materia de endeudamiento, aspecto sobre el que no consta dato alguno en el expediente.

Los anteriores límites son aplicables a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ya que, de lo dispuesto por el artículo 46 del Estatuto de Autonomía, como razona la STC 130/99, se *“pone de manifiesto la existencia de una sustancial identidad entre las normas que, integrantes del bloque de la constitucionalidad, son aplicables a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma... y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el art. 134.2 CE, pudiendo deducirse en su consecuencia la existencia de un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto (STC 174/1998, fundamento jurídico 6º)”*.

TERCERA.- Sobre el articulado.

El Consejo Jurídico quiere resaltar las siguientes advertencias, algunas realizadas también en Dictámenes anteriores:

1) En cuanto a la contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones (art. 35), la regulación establecida, además de ser reiterada año tras año en las Leyes de Presupuestos, demuestra en gran parte de su contenido un marcado carácter reglamentario. Que esta norma haya permanecido invariable en todas las leyes de presupuestos desde que se incluyó por vez primera (hace más de 10 años), demuestra que materialmente no es una norma de vigencia anual. Pero, además, nada impediría que, en uso de la potestad reglamentaria que al Consejo de Gobierno otorga el artículo 9 TRLH, dictase éste un Decreto regulador de dicho procedimiento, aplicable cuando la norma sustantiva (la Ley de Presupuestos anual) permitiese este tipo de contrataciones (Dictámenes 62/2000, 167/2003, 131/2004 y 145/2005).

2) A la vista del módulo económico de centros de educación concertados para el ejercicio 2008 (art. 46) y, en particular, al hilo de algunas referencias del texto a Acuerdos suscritos por la Consejería de Educación, ha de señalarse que el concierto es un contrato administrativo en el que la Administración contrata la prestación de un servicio público y, en consecuencia, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (art. 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). El parámetro de adecuación a la legalidad es el artículo 116 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Calidad de la Educación, que contiene unas reglas generales que muestran, ciertamente, una notable preocupación por los salarios del personal docente de los centros concertados, pero no parecen autorizar que la Administración educativa asuma la condición de quasi-empleador suscribiendo acuerdos tripartitos con las organizaciones patronales y sindicales comprometiéndose a la mejora retributiva del profesorado de los centros concertados, hecho que tampoco parece autorizar la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la cual, sin embargo, indica en el artículo 117.1 que *“la cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las enseñanzas objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes”*, dato que se omite en el Anteproyecto dictaminado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto sometido a Dictamen responde en su contenido a las determinaciones propias de su naturaleza, según la doctrina del Tribunal Constitucional, excepto en lo que se refiere a la Disposición adicional octava sobre la creación del Instituto de Crédito y Finanzas.

SEGUNDA.- La omisión de cifras impide tener por acreditadas las limitaciones de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas en cuanto a endeudamiento, y de la Ley de Estabilidad Presupuestaria en cuanto al cumplimiento de los objetivos de ella derivados.

TERCERA.- Las restantes observaciones del Dictamen debieran ser tenidas en cuenta a efectos de la corrección del texto y de su coherencia con el resto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 145/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. L. R., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 26/10/07****Extracto de Doctrina**

La Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio lesionado que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2000, D. F. L. R. presenta escrito donde expone que el día 21 de septiembre de 1999, cuando circulaba conduciendo el ciclomotor marca Derbi, matrícula X, propiedad de su madre, por la carretera de la Rambla del Agua Amarga, dirección Mula-Archena, sufrió una caída como consecuencia del mal estado de la calzada que, en el tramo donde cayó, se encontraba llena de baches y gravilla. Como consecuencia de dicha caída afirma el reclamante haber sufrido lesiones que le incapacitaron durante ciento noventa y dos días, de los cuales estuvo cuatro hospitalizado, habiéndole quedado una serie de secuelas. Por todo ello solicita una indemnización de 4.304.669 ptas. (25.871,58 euros).

Acompaña a su escrito diversa documentación médica de la asistencia sanitaria recibida como consecuencia del accidente, así como fotografías del lugar de los hechos. De la primera destaca el informe del facultativo que lo atendió en primer lugar, que, entre otros extremos, señala que el paciente ha sufrido “*un accidente de moto (se ha caído él solo). Probable ingesta de alcohol aunque lo niega insistentemente*”. “*Difícil valoración neurológica por ingesta de alcohol*”.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de mayo de 2000 la instructora dirige escrito al interesado por el que le requiere para que mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversa documentación (informes médicos, DNI y permiso de conducir del reclamante, permiso de circulación y póliza de seguro del ciclomotor, y declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente). Se le requiere también para que indique la velocidad a la que circulaba en el momento del accidente.

Finalmente, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

El interesado atiende el requerimiento mediante la presentación, el 24 de junio de 2000, de la documentación que se le solicitó. También señala que cuando sufrió el accidente circu-

laba a una velocidad comprendida entre los 30 a 35 Km/h. Termina su escrito proponiendo la siguiente prueba:

a) Que se oficie a la Policía Local de Archena, a fin de que informe sobre el estado de la carretera de la Rambla del Agua Amarga el día del siniestro, señalando si existían baches, chinarro, etc., y pronunciándose sobre el grado de peligrosidad que implicaba circular por ella.

b) Que se tome declaración a D. S. H. V. y D. F. G. A., que presenciaron el accidente por circular junto con el reclamante en el momento de ocurrir los hechos.

c) Que para el supuesto que no estime debidamente acreditadas las lesiones y secuelas que se alegan, se oficie al Hospital Morales Meseguer para que, por el médico traumatólogo que lo asistió, se aclaren cuantas dudas se puedan suscitar.

TERCERO.- Con la misma fecha la instructora dirige escrito a la Dirección General de Carreteras solicitando informe sobre los siguientes extremos:

- Existencia o no de limitación de velocidad en el tramo donde tuvieron lugar los hechos.
- Estado de la carretera en la fecha del accidente.
- Señalización existente en el tramo en donde tuvieron lugar los hechos.
- Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.
- Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

Tras reiterar hasta en siete ocasiones la emisión de dicho informe, éste es finalmente enviado el día 18 de enero de 2007, destacándose, a los efectos que aquí nos ocupa, lo siguiente: *“no hay constancia de que el mismo se produjese como consecuencia del estado del firme de dicha carretera, ya que no hay atestado de la guardia civil, ni de la Policía Local que lo confirme como causa del accidente, dado que la carretera como puede comprobarse en las fotos que se aportan, aunque su estado era algo deficiente, estaba bacheada para eliminar las zonas que verdaderamente ofrecían peligro al tráfico.”*

CUARTO.- El día 23 de febrero de 2007 se lleva a cabo la práctica de la prueba testifical propuesta por el reclamante, con el resultado que aparece recogido en el expediente (folios 72 a 76, ambos inclusive), del que, a los efectos que nos ocupa, conviene destacar lo siguiente:

- A la pregunta relativa a la forma de producirse el accidente, uno de los testigos responde que *“había una piedra grande, la pilló con la rueda de atrás, y la moto se cayó al suelo...”*; en tanto que el otro indica que *“...la moto introdujo la rueda en el bache y se fue hacia el lado izquierdo...”*.
- A preguntas sobre las circunstancias en que circulaban, uno de los testigos afirma lo siguiente: *“...íbamos tranquilamente hablando..”*. *“Hablamos poco, porque íbamos a tomar una curva y somos buenos conductores”*.

QUINTO.- Con fecha 7 de marzo de 2007 los padres del reclamante, D. M. R. P. y D. F. L. E., presentan escrito por el que manifiestan que su hijo falleció, como consecuencia de un accidente de tráfico, el día 29 de enero de 2005. Solicitan se les tenga como reclamantes en

su condición de herederos universales de su hijo. Acompañan certificado de la inscripción de fallecimiento y declaración de herederos *abintestato*.

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia, los reclamantes formulan alegaciones manifestando que de las pruebas practicadas ha quedado acreditado el mal estado de la carretera, así como que la conducción por parte del accidentado fue reglamentaria sin que haya quedado probado que lo hiciese bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

SÉPTIMO.- Seguidamente la instrucción dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no ha quedado acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 y siguiente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Concretamente indica que no ha sido posible determinar la verdadera causa del accidente ya que los testigos se contradicen sobre la forma en que aquél ocurrió. Sin embargo, sí que se evidencia que el interesado pudiera conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas; así, al menos, lo indica el facultativo que lo atendió al poner de manifiesto la dificultad que tal circunstancia implicaba para la valoración neurológica del paciente. A todo lo anterior, continua la instructora, cabe adicionar el hecho, también puesto de manifiesto por uno de los testigos, de que el reclamante condujese sin prestar la debida atención, debido a que iba hablando con sus compañeros.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 30 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por el propio lesionado, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 LPAC. Esta inicial legitimación como reclamante que concurría en el Sr. L. R., concurre ahora en los Sres. D. F. L. E. y D. M. R. P., padres del accidentado y herederos abintestato del mismo, subrogándose, por lo tanto, en los bienes y derechos del difunto.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el siniestro de titularidad regional, corresponde a la Administración Regional.

La acción de responsabilidad ha sido ejercitada dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 LPAC, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP. No obstante, cabe señalar que se ha rebasado ampliamente el plazo para la resolución de la reclamación (artículo 13.3 RRP), constando la paralización de actuaciones desde el 29 de mayo de 2000, fecha en la que se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, hasta el día 18 de enero de 2007, en que dicho órgano directivo remite el correspondiente informe elaborado por el Técnico responsable de dicha Dirección, mediando entre ambas fechas hasta siete reiteraciones por parte de la instructora (2 de octubre de 2001, 13 de diciembre de 2002, 9 de enero de 2003, 4 de mayo de 2004, 29 de octubre de 2004, 9 de marzo de 2006 y 15 de enero de 2007). Sobre las consecuencias que la omisión de informes, preceptivos o facultativos, puede tener, tanto sobre la instrucción del procedimiento como sobre la posible responsabilidad en que pudieran haber incurrido los funcionarios obligados a emitirlos o remitirlos, damos por reproducidas las consideraciones contenidas en nuestro Dictamen núm. 137/2004.

TERCERA.- La relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño alegado.

El principio de responsabilidad de la Administración ha adquirido rango constitucional al acogerse en el artículo 106.2 C.E. en el que se dice que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza de mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El desarrollo de las previsiones constitucionales se encuentra en los artículos 139 y siguientes LPAC, según los cuales la responsabilidad patrimonial de la Administración supone la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) La antijuridicidad del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.
- 5) La ausencia de fuerza mayor.

En el supuesto que ahora se estudia, cabe apreciar la presencia de un daño real, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en la persona del accidentado.

Por otro lado, este daño ha de ser reputado como antijurídico, no por la forma de producirse, sobre cuya apreciación no se prejuzga ahora mismo, sino por el hecho de que no existe un deber jurídico por parte del interesado de soportarlo.

Por lo que respecta al nexo causal, hay que recordar que éste es el elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial y que, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina tanto del Consejo de Estado como de este Consejo Jurídico, consiste en que la lesión sufrida sea consecuencia directa y exclusiva del funcionamiento del servicio

público: “*Lo esencial en casos como el presente –se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado 5.265/1997– es que se pruebe que la acción de la Administración jugó un papel relevante en la producción del daño, de suerte que a falta de esta acción administrativa no se hubiera producido aquél (“sublata causa, tollitur effectus”)*”.

Al respecto, y en relación con el supuesto objeto de examen, hay que partir de la base de que a los poderes públicos corresponde mantener en las debidas condiciones de uso y seguridad las vías públicas y los elementos que en ellas se hallan, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dicho mantenimiento, se produjeran daños a los usuarios.

Ahora bien, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina de los distintos órganos que configuran la Administración consultiva estatal y autonómica, el instituto de la responsabilidad no puede concebirse de tal modo que comporte una indemnización por daños derivados de cualquier evento por el mero hecho de que se produzca en una vía pública. Será necesario, además, que quede acreditado que aquella no se encontraba en las debidas condiciones de conservación, mantenimiento y seguridad, y que la Administración no ha sido ajena al evento dañoso. Circunstancias todas ellas que, de acuerdo con los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 RRP, corresponde probar al reclamante, sin perjuicio de que la Administración deba colaborar con todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

I. Hechos imputados a la Administración.

Se atribuye por el reclamante a la Administración un actuar negligente al mantener el tramo de vía en el que se produjo el accidente en mal estado (gravilla y baches). Pues bien, pese a las manifestaciones del reclamante en este sentido, de las diferentes pruebas incorporadas al expediente se infiere lo contrario:

- En las fotografías aportadas por el propio interesado se puede apreciar que si bien es cierto que las condiciones del firme no son perfectas (hay que recordar que se trata de un camino vecinal), no aparecen baches; es más, se observan los parcheados que cubren los posibles baches que hubieran podido existir. Por otro lado, la única gravilla que, según este testimonio gráfico, aparece, se encuentra ubicada en el arcén, es decir, en una zona excluida del tráfico.
- El informe técnico emitido por funcionario de la Dirección General de Carreteras, también incide en el hecho de que la carretera “*estaba bacheada para eliminar las zonas que verdaderamente ofrecían peligro al tráfico*”.
- La prueba testifical que se practicó a instancias del reclamante tampoco es relevante en orden a establecer el estado de la calzada, ya que mientras que uno de los deponentes afirma que “*había una piedra grande, la pilló con la rueda de atrás, y la moto se cayó al suelo*” (folio 76), el otro manifiesta que “*la moto introdujo la rueda en el bache*” (folio 73). Esta evidente contradicción entre las declaraciones invalida la prueba a efectos de determinar las condiciones de rodadura de la calzada.

II. Actuaciones del propio perjudicado.

Lo expuesto en el apartado I ya sería, por si mismo, determinante de que no pudiese prosperar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos necesarios para que nazca el deber de resarcimiento de la Administración, ya que no se ha

probado la relación causal entre el perjuicio producido y la actividad administrativa; pero es más, aun admitiendo, a meros efectos dialécticos, la existencia de dicha relación, el nexo se habría roto por la conducta de la propia víctima.

En efecto, una valoración de las pruebas practicadas, básicamente la declaración testimonial y la historia clínica extendida por el servicio de urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, permite deducir la concurrencia de dos circunstancias que influyeron de modo determinante en la producción del accidente:

1. Existen datos que evidencian que el reclamante conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, los cuales no sólo vienen referidos al hecho de que el accidentado y sus compañeros venían, a altas horas de la madrugada, de una fiesta en un pueblo vecino, en la que resultaba fácil, e incluso normal, consumir alcohol, sino que se concretan, sobre todo, en la historia clínica extendida por el facultativo que atendió al reclamante, en la que se hace constar que, a pesar de que el paciente lo niega, éste había ingerido alcohol, circunstancia que dificultó la valoración neurológica (folio 8).

2. El conductor circulaba en paralelo y hablando con uno de sus compañeros (folio 75), incumpliendo, así, la obligación que, en materia de circulación, establecen los artículos 36.2 del Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, que prohíbe a las motocicletas circular en paralelo; y 11.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que exige que el conductor mantenga una atención permanente a la circulación de modo que quede garantizada su propia seguridad y la de los demás usuarios de la vía.

3. Finalmente, hay que considerar también que la configuración de la carretera era conocida por el interesado, que residía en la misma localidad donde se encuentra ubicada la vía en la que ocurrió el accidente, por lo que a la específica obligación a la que nos hemos referido en el párrafo anterior habría que adicionar la genérica a la que se refiere el artículo 19.1 del citado Texto Refundido, que establece que todo conductor está obligado, además de a respetar los límites de velocidad establecidos, a tener en cuenta, también, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a aquéllas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse.

Además, tal como señala la propuesta de resolución, el camino por el que decidieron volver a su pueblo la víctima y sus compañeros no constituye la única vía para realizar aquel trayecto, existiendo otra principal cuyas condiciones de circulación son más idóneas. Sin embargo, de modo consciente y deliberado optaron por correr el riesgo que suponía utilizar la carretera de la Rambla del Agua Amarga en peores condiciones de circulación (parcheada, peor iluminada...).

En este punto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de 6 de octubre de 1994 y 6 de mayo de 1999, en las que se afirma que cuando las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder imprudente del accidentado, se produce la ruptura del nexo causal y la exoneración de responsabilidad patrimonial.

Desde esta premisa, el Consejo Jurídico considera, como lo ha hecho en varios Dictámenes (por todos, los números 107 y 152 del año 2003), que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio lesionado que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras, y de las demás condiciones de la circulación en el momento de producirse el accidente. Este pronunciamiento hace innecesario que deban realizarse posteriores consideraciones sobre la cuantía y modo de indemnización.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 146/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. N., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 26/10/07

Extracto de Doctrina

El Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen . 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de tal daño se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría desnaturalizar la institución. De acuerdo con dicha doctrina se hace preciso acudir a parámetros tales como la lex artis, de modo que sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados, ya que entonces la asistencia no habría sido objetivamente adecuada al servicio requerido, doctrina que tiene en cuenta que, al ser la sanitaria una prestación de actividad, el buen fin de los actos terapéuticos no siempre puede quedar asegurado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito que tuvo entrada en el registro el 3 de octubre de 2003, la Sra. A. N. y el Sr. B. R. interpusieron reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria a consecuencia del fallecimiento de su hijo durante el parto en el Hospital Los Arcos, de San Javier, por lo que solicitan una indemnización de 43.995 euros.

Según exponen, el día 23 de abril de 2003 la reclamante acudió al citado Hospital con fuertes dolores de parto y, tras ser reconocida en una primera asistencia, se le comunica que debe esperar por haber tres embarazadas delante. Manifiesta que durante toda la noche, ante los dolores que padecía, no dejó de accionar el timbre de aviso, sin que acudiera alguien a asistirle. A la mañana siguiente se le comunicó el fallecimiento del feto por haberse asfixiado con el cordón umbilical. Arguyen que no se atendió debidamente a la paciente y hay falta de adopción de las medidas necesarias, ya debieran ser éstas adoptadas en el momento del ingreso o durante la noche en que permaneció ingresada antes del parto.

Solicita la práctica de determinadas pruebas, entre ellas la testifical de la paciente con la que compartió habitación en el Hospital la noche del 23 al 24 de abril.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y comunicada la misma a la aseguradora, consta la siguiente información médica:

- control ecográfico normal el 19 de noviembre de 2002 (folio 13).
- control gestacional normal el 13 de marzo de 2003, a la semana 34 de gestación (folio 14).
- según informa el medico que la atendió en urgencias la noche del día 23, tras la práctica de diversas pruebas (exploración, registro cardiotocográfico) se comprobó que se trataba de una gestación normal con un feto sano, sin signo alguno de sufrimiento intrauterino, y con la gestante en esa fase de duración incierta que precede al desencadenamiento del parto; no habiendo motivos para adoptar otras medidas se decidió su ingreso adoptando una actitud expectante, como es común, esperando bien el desencadenamiento del parto, bien la remisión de la dinámica uterina, explicándole a la paciente que avisara al personal de enfermería de no ceder las contracciones, aviso que no se produjo, según resulta de las declaraciones de la testigo y de la ausencia de datos consignados en la historia clínica.
- según informa el adjunto al Servicio de Ginecología del Hospital, reconoció a la paciente a las 10 horas del día 24 por encontrarse en preparto, indicando a la matrona que, cuando fuera posible (se encontraban ocupadas las tres plazas que disponen de monitores de cardiotocografía), la trasladase a dilatación para control fetal y asistencia a parto, lo que se produce a las 12,50, apreciándose entonces ausencia de latido cardíaco fetal, naciendo un varón sin actividad cardiaca.
- el análisis post-mortem del feto determina asfixia aguda intraútero, que la gestación fue normal y que el feto presenta una vuelta del cordón al cuello.
- el Médico de Familia y la matrona del Centro de Salud de Torrepackeco informan que el embarazo de la reclamante discurrió de una forma satisfactoria, según resulta del seguimiento programado que se realizó.

- El informe de la Inspección Médica, de 7 de julio de 2005, expone lo siguiente:

“INFORMES CLÍNICOS

Hojas 13-18.- Informes de la asistencia prestada por los siguientes doctores:

1. Dr. T. S.-B. P., que realizó control Ecográfico entre la 18 sem. y 31 días, siendo este normal.

2. Dr. A. S. A., que realizó una revisión rutinaria de ginecología el 21 de mayo de 2002 por decisión de quedar gestante.

3. Dr. F. J. G. C., que realizó control de gestación en la semana 34, siendo el estudio Ecográfico normal. Y el Control Posparto, siendo normal salvo inhibición de la lactancia.

4. Dr. J. R. R. H., que atendió a D. A. la tarde de su ingreso y a modo de resumen, expone que se trataba de una gestación normal con un feto sano, sin signo alguno de sufrimiento intrauterino y, una gestante en la fase prodrómica del parto.

No se encontró motivo para tomar medidas más activas, se decidió su ingreso adoptando una actitud expectante, esperando bien la remisión de la dinámica uterina y explicándole a la paciente que avisara al personal de enfermería de la planta o a la matrona de no ceder la contracciones. Ni fui avisado desde el ingreso de la paciente ni, por lo que sé, lo fue la matrona.

5. Dr. J. M. R. G., que atendió a la paciente el 24/04/03 informa de que recibió el informe del Ginecólogo de guardia del día 23/04/03, en relación al ingreso de dicha paciente la noche anterior, por dinámica uterina, en parto y con monitor de ingreso normal. Así mismo menciona que estaban ingresadas otras dos pacientes en parto y en la puerta de Urgencias otras tres pacientes, dos en periodo activo y otra en parto.

Precisa que en dilatación disponen de 2 plazas, con tres monitores de cardiotocografía.

Según consta en la historia clínica, reconoció en planta a D. A. a las 10:00, encontrándose en parto, e indicó a la matrona que, cuando sea posible, la traslade a Dilatación para control fetal y asistencia al parto, lo que se realiza a las 12:50, apreciándose ausencia del latido fetal cardíaco.

6. Dr. S. C. S., que atendió a la paciente el 11 de agosto de 2002 en urgencias.

7. Dra. A. M. M. B., como Médico de Familia y Dña. E. B. I. como matrona, que informa sobre que el control del embarazo se realizó dentro de los límites correctos. Adjuntan las pruebas que se le realizaron.

Hojas 20-60.- Copia compulsada y foliada de la Historia Clínica de D. A. N. en el Hospital Los Arcos.

JUICIO CRÍTICO

Es en el momento de la expulsión cuando las vueltas de cordón alrededor del cuello del bebé pueden presentar complicaciones, pues en ese momento, cuando el bebé empieza a respirar por sí mismo, puede haber problemas de falta de oxígeno.

Las vueltas de cordón se pueden detectar en la monitorización del parto y es práctica habitual que el equipo médico que asiste al parto controle su posición en ese momento.

Cuando se presenta una sola vuelta y es reducible, el médico puede proceder a desenrollarla manualmente sin mayores complicaciones para el parto. En el caso de dos o más vueltas o si hay una muy apretada, hay que proceder a cortar el cordón umbilical. Se estima que aproximadamente el 20% de los fetos presentan vueltas de cordón en alguna parte de su cuerpo.

Tras la revisión y análisis de la documentación aportada, se constata en los documentos de la historia clínica por parte del Hospital Los Arcos:

1. *Se verifica por los documentos de la historia clínica y por los informes de los profesionales que en el seguimiento de embarazo no hubo incidencias.*
2. *Que a las 19:41 del 23/04/03 se completa el ingreso de D. A. N. por "Parto eutócico. Feto maduro".*
3. *En el informe clínico de alta (p. 28) se constata que Gestación de 41 semanas de curso normal, feto en Cefálica, Cerviz largo 1 cms de dilatación.*
4. *Hojas de exploración, evolución y tratamiento (p. 31-32) hay anotaciones a partir de las 10:00 del 24/04/03. No tenemos constancia de anotaciones de enfermería desde que la suben a planta hasta esa hora.*
5. *Se le practicaron dos monitores, el primero a partir de las 16:00 horas del 23 de abril (p. 41), reactivo con buena variabilidad incoordinada, según informe y el segundo a las 12:45 del 24 de abril, que mostró que el feto estaba muerto.*
6. *En el examen postmortem: Feto muerto ante parto. El examen postmortem no objetiva la presencia de cambios malformativos ni infecciosos, siendo el único hallazgo de consideración y que en nuestra opinión justifica la muerte es la anoxia intrauterina, puesta de manifiesto por una intensa congestión, enema y hemorragia pulmonar.*

CONCLUSIONES

1. *Después del ingreso de (sic) valoró adecuadamente a la paciente y se tomó una actitud expectante.*
 2. *No hay constancia en la historia de que desde la hora del primer monitor a las 16.00 del día 23/04/03 y su posterior ingreso en planta hasta las 10:00 del día 24/04/03 se le practicara alguna medida de control.*
 3. *Es posible que la realización de estas medidas hubiera podido detectar el sufrimiento fetal".*
- el informe de la compañía de seguros, de 21 de noviembre de 2005, concluye lo siguiente:
- 1) *En la muerte fetal tardía no es posible comprobar causa aparente en el 25-35 % de los casos.*
 - 2) *En este caso, la autopsia fetal informa como causa de la muerte la existencia de una anoxia, sin que se especifique qué es lo que produjo esta falta de oxígeno.*
 - 3) *El control prenatal fue correcto y el embarazo evolucionó de forma normal.*

- 4) *La decisión de ingresar a D. N. el día 23 de abril de 2003 con el diagnóstico de pródromos de parto fue correcta.*
- 5) *El control de bienestar fetal se realizó en el momento del ingreso con los medios adecuados (registro cardiotopográfico), siendo rigurosamente normal.*
- 6) *Dado que un registro normal nos garantiza una adecuada salud fetal en las siguientes 48-72 horas, NO es necesaria su repetición en un corto espacio de tiempo, aunque debemos conocer que este test tiene una baja sensibilidad para predecir el estado fetal.*
- 7) *Durante el ingreso y según datos de la historia clínica, no existió ninguna circunstancia que obligara a repetir el control fetal (no sangrado genital, no rotura de bolsa, no aumento de contracciones).*
- 8) *Aceptando la hipoxia como la causa de la muerte postnatal en este caso, solo la imperfección de las pruebas de control ante e intraparto, o la existencia de lesiones fetales originadas en épocas muy anteriores al inicio del parto, y hoy por hoy, no diagnosticables, podrían explicar lo ocurrido.*
- 9) *No se debe relacionar la presencia de una vuelta de cordón al cuello con la muerte fetal.*
- 10) *Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.*

TERCERO.- La instrucción registra los siguientes actos de comunicación con la interesada, notificados por edictos y sin que ésta presente alegaciones:

- el 3 de noviembre de 2003 se le notifica la admisión a trámite (folio 64).
- el 25 de junio de 2004 se le notifica la apertura del periodo de prueba (folio 102).
- el 9 de febrero de 2006 se le notifica la apertura del trámite de audiencia (folio 168).

A su vez, la reclamante presentó escritos pidiendo la activación del procedimiento y recordando a la Administración su deber de resolver expresamente los días 6 de abril, 5 de mayo, 6 y 21 de junio, todos ellos de 2004; el 21 de junio de 2004 también presentó otro escrito solicitando diversa documentación.

Consta que la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de ese orden del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, y que el 23 de febrero de 2005 dicha Sala solicitó la remisión del expediente administrativo, que se completó con el informe de la Inspección Médica el 5 de julio siguiente.

CUARTO.- Se formuló propuesta de resolución el 17 de abril de 2006 y, tras la elaboración de los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se solicitó el Dictamen al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 22 de mayo de 2006.

QUINTO.- El Consejo Jurídico emitió el 5 de junio de 2006 el Dictamen 97/2006, concluyendo que procedía completar la instrucción con la prueba testifical propuesta por la reclamante y rechazada por la instrucción, dado que manifiesta en su escrito de reclamación que durante toda la noche del 23 al 24 de abril, ante los dolores que padecía, no dejó de

accionar el timbre de aviso, sin que el personal del Hospital acudiera a asistirla, mientras que, por el contrario, la hoja de enfermería señala un “sin incidencias” en ese turno de noche (folio 33 vto.).

SEXO.- Practicada la testifical el 9 de noviembre de 2006, resulta que la testigo propuesta por la interesada afirma que compartía habitación con la reclamante la noche del 23 de abril de 2003 y al ser preguntada si escuchó que la interesada se quejara de dolores, contestó que ella estaba dormida y no escuchó nada, y preguntada si antes de dormirse escuchó algo, responde que no.

SÉPTIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia, la reclamante, mediante escrito de 9 de abril de 2007, solicita la práctica de nuevas testificales (matrona y médicos), tras lo cual, el 26 de abril de 2007 fue formulada propuesta de resolución desestimatoria que, además de declarar innecesarias las testificales propuestas por figurar en el expediente informes de los profesionales sanitarios, fundamenta la decisión en que, a la vista de los informes médicos, se desprende que se realizaron las pruebas pertinentes atendiendo a las circunstancias de la paciente, y se actuó correctamente al esperar al parto manteniendo en observación a la interesada; de ello concluye que el daño no se había podido prever o evitar.

Elaborados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se solicitó nuevamente el Dictamen al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 17 de mayo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Procedimiento.

Practicada la prueba testifical propuesta por la reclamante, cuya pertinencia fue sostenida en el Dictamen 97/2006, e incorporado al expediente el análisis post-mortem del feto, tal como se solicita en el escrito de alegaciones finales, no parece procedente practicar la testifical de los facultativos del Servicio Murciano de Salud, ya que, de conformidad con lo establecido en el artículo 381.4 LEC, los mismos han emitido su juicio a través de los informes que obran al expediente, los cuales, en unión de la Historia Clínica, son suficientemente expresivos de los hechos y circunstancias de la reclamación.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

El Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de tal daño se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría desnaturalizar la institución. De acuerdo con dicha doctrina se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo que sólo en caso de

una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados, ya que entonces la asistencia no habría sido objetivamente adecuada al servicio requerido, doctrina que tiene en cuenta que, al ser la sanitaria una prestación de actividad, el buen fin de los actos terapéuticos no siempre puede quedar asegurado.

Para los reclamantes la causa del daño es que no se atendió debidamente a la parturienta, omitiéndose las medidas necesarias, ya debieran ser éstas adoptadas en el momento del ingreso o durante la noche en que permaneció ingresada antes del parto, siendo el fallecimiento del feto consecuencia de tal omisión.

La Inspección Médica afirma que la realización de medidas de control hubiera podido detectar el sufrimiento fetal, aserto que ha de ser completado con la idea de que tales medidas hubieran podido prescribirse si hubiera habido en la gestante manifestaciones de alteraciones orgánicas o signos que lo aconsejaran, lo que no resulta de la instrucción practicada. En efecto, la historia clínica refleja que los controles gestacionales dieron siempre conclusiones de embarazo normal; los informes de los facultativos que atendieron a la reclamante a su ingreso en el centro hospitalario indican que, “tras la práctica de diversas pruebas (exploración, registro cardiotocográfico), se comprobó que se trataba de una gestación normal con un feto sano, sin signo alguno de sufrimiento intrauterino, y con la gestante en esa fase de duración incierta que precede al desencadenamiento del parto; no habiendo motivos para adoptar otras medidas se decidió su ingreso adoptando una actitud expectante, como es común, esperando bien el desencadenamiento del parto, bien la remisión de la dinámica uterina, explicándole a la paciente que avisara al personal de enfermería de no ceder las contracciones”, aviso que no se puede entender producido dado que, de una parte, como resulta de la documentación aportada y recoge la Inspección Médica, no hay anotaciones de enfermería que lo manifesten y, de otra, la testigo que acompañaba a la interesada en la habitación responde, a preguntas de la propia representación de la interesada, que no escuchó que se produjeran esas llamadas, ni siquiera antes de dormirse.

En cuanto a la actuación de los facultativos, la Inspección Médica dice que se valoró adecuadamente a la paciente después de su ingreso, adoptando una actitud expectante, y el informe de la compañía de seguros afirma que un registro normal como el realizado al ingreso garantiza una adecuada salud fetal en las siguientes 48-72 horas, por lo que no es necesaria su repetición en un corto espacio de tiempo, test que, además, tiene una baja sensibilidad para predecir el estado fetal. Continúa éste informe indicando que durante el ingreso y, según datos de la historia clínica, no existió ninguna circunstancia que obligara a repetir el control fetal (no hay sangrado genital, ni rotura de bolsa, ni aumento de contracciones).

De acuerdo con ello, no puede entenderse probada la relación de causalidad ni se aprecia antijuridicidad, por lo que no existe base para acceder a lo reclamado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, por las razones expuestas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 147/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. C. L., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 29/10/07

Extracto de Doctrina

La STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. J. C. L. acude a su Centro de Salud por un bulto en el pubis, siendo derivado a Cirugía el 2 de enero de 2004 para ser valorado.

El 16 de febrero es examinado en Dermatología del Hospital Morales Meseguer de Murcia, siendo diagnosticado de quiste de pubis, prescribiendo su extirpación, que se efectúa en el mismo hospital el 16 de julio. Durante la intervención se remite piel y tejido celular subcutáneo a Anatomía Patológica para hacer biopsia, con diagnóstico, según informe de 30 de agosto de 2004, de *“carcinoma anexial microquístico que alcanza bordes quirúrgicos”*.

Este diagnóstico se comunica al paciente el 6 de septiembre, manifestándole la necesidad de una segunda intervención. Ésta, aparece indicada *“con carácter preferente”*, si bien en el impreso de solicitud de intervención que se hizo llegar al interesado, constaba en blanco el apartado destinado a la indicación del plazo aproximado en que aquélla se podría realizar.

Diversas consideraciones, como la conmoción que supone conocer que se padece un carcinoma, el hecho de que desde la primera intervención quirúrgica se le diera el alta sin necesidad de revisión posterior, el retraso injustificable por parte del servicio público sanitario en el diagnóstico correcto de la naturaleza del tumor, la necesidad de someterse a una nueva intervención y la incertidumbre acerca de cuánto tiempo transcurriría hasta ser intervenido de nuevo, mueven al paciente a acudir al Hospital S. J. de Torrevieja (Alicante).

Atendido el 8 de septiembre de 2004 por el Servicio de Oncología del referido centro sanitario privado, se confirma la necesidad de una segunda intervención, proponiendo la ampliación de márgenes, y la necesidad de efectuar la técnica de ganglio centinela ya que se trata de un tumor con propensión a invasión linfática. Al mismo tiempo, se le señaló la urgencia de la nueva intervención, por cuanto la extirpación inicial había sido incompleta y en estas enfermedades el diagnóstico precoz y la rapidez en la intervención tiene una

incidencia decisiva en el pronóstico, en las posibles secuelas y en el porcentaje de supervivencia del paciente.

Es intervenido el día 16 de septiembre, acudiendo en varias ocasiones para revisión, dándosele el alta el 12 de enero de 2005.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de julio de 2005, el interesado formula reclamación de responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento del Servicio Murciano de Salud.

Fundamenta su reclamación en las siguientes alegaciones:

a) Retraso en el diagnóstico correcto de la enfermedad, consecuencia de no haber realizado, con carácter previo a la primera intervención, una biopsia que hubiese permitido conocer la naturaleza del tumor.

b) Retraso en la emisión del informe de Anatomía Patológica (45 días).

c) La primera extirpación no fue correcta, ya que quedó incompleta, lo que hizo precisa una segunda intervención.

Solicita una indemnización por importe de 26.163,15 euros, con el siguiente desglose:

– 4.177,46 euros, en concepto de gastos por la asistencia recibida en la sanidad privada.

– 3.985,69 euros, en concepto de indemnización por incapacidad temporal, computando un día de estancia hospitalaria, 47 días improductivos y 72 no improductivos.

– 18.000 euros por daño moral, atendidas las molestias sufridas al tener que someterse a una segunda intervención y los padecimientos psíquicos asociados a *“las graves consecuencias que un retraso en la asistencia médica podía suponer para mi integridad física y la propia vida, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un tumor con propensión a invasión linfática y el lugar en que este se localizaba”*.

El reclamante adjunta a su solicitud de indemnización diversos informes médicos expresivos del proceso asistencial, tanto público como privado, así como de los gastos habidos en este último.

TERCERO.- Por la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud se resuelve admitir a trámite la reclamación y se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que notifica su interposición a la compañía aseguradora de éste.

Así mismo, solicita copia de la historia clínica e informes de los facultativos que atendieron al paciente al Hospital S. J. de Torreveja y al Hospital Morales Meseguer.

CUARTO.- Desde el centro hospitalario privado se remite copia de la historia clínica y un certificado médico del Oncólogo del siguiente tenor:

“Que D. J. C. L., ha sido diagnosticado de tumor cutáneo originado en anexo de la piel en la región de abdomen, cuya Anatomía Patológica fue de adenocarcinoma microquístico, por el cual se ha practicado ampliación de márgenes el día 8 de Septiembre de 2004 y estudio del ganglio centinela. La ampliación de márgenes resultó positiva para carcinoma adenoquístico y el ganglio centinela negativo.

Debe considerarse la ampliación de márgenes una operación urgente y necesaria, ya que la extirpación inicial fue incompleta.

El pronóstico de esta enfermedad es excelente y a efectos prácticos puede considerarse curado.”

QUINTO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se envía copia de la historia clínica e informe de la Dra. P. G., Jefa de Sección de Dermatología, en el que manifiesta que el paciente acudió a Consulta de Dermatología del hospital el día 16 de febrero de 2004, remitido desde el Servicio de Cirugía para exéresis de quiste dérmico, con episodios infecciosos previos, en zona púbica.

Según el referido informe, “el día de la consulta presentaba una lesión nodular subcutánea, bien delimitada, fibrosa, de aproximadamente 1 cm. de diámetro, localizada en pubis con antecedentes de episodios inflamatorios, clínicamente compatible con quiste infundibular.

Con este diagnóstico clínico de base se actuó según protocolo de neoplasias benignas, incluyendo al enfermo en LEQ (lista de espera quirúrgica) de Cirugía Menor y extirpación de la lesión en el plazo indicado para estos procesos (no más de 5 meses). La pieza operatoria, aun no presentando ningún dato macroscópico de malignidad, se remitió al Servicio de Anatomía Patológica para su estudio histopatológico.

Al recibir el informe de anatomía patológica con el diagnóstico de carcinoma anexial microquístico, nos pusimos en contacto con el enfermo a fin de completar el tratamiento quirúrgico, rechazando el enfermo nuestra propuesta, tal y como indican sus actos, dirigiéndose a otro centro.

El carcinoma anexial microquístico es una neoplasia de crecimiento lento, hasta 27 años de evolución antes del diagnóstico. Se localiza preferentemente en la región nasolabial y periorbitaria. Consiste en un nódulo o placa solitaria de consistencia firme, cuya superficie puede presentar aspecto de piel normal, atrófica o descamativa.

Estas características clínicas, más la localización no habitual, lo hacen clínicamente indistinguible de las que presenta un quiste que haya sufrido episodios inflamatorios previos, como es el caso que nos ocupa, y siendo el diagnóstico histopatológico un hallazgo casual gracias al celo del médico que lo extirpó.”

SEXTO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo por el reclamante frente a la desestimación presunta de su reclamación, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, por providencia de 2 de junio de 2006, requiere a la instrucción para que remita el expediente administrativo y emplace a las partes.

SÉPTIMO.- Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica) el 21 de septiembre de 2005, es remitido el 14 de diciembre. De él destacan las siguientes consideraciones:

“Visto por cirugía y dermatología, la apariencia clínica del considerado inicialmente quiste sebáceo, no era de malignidad, por lo tanto la impresión diagnóstica no indicó seguir otro protocolo que el apropiado para lesiones benignas.

La decisión de no realizar biopsia previa es adecuada a ese aspecto clínico y, visto el tamaño de la lesión, sería la extirpación completa en una sola sesión lo indicado.

El no señalar urgencia en el envío de la pieza al Servicio de Anatomía Patológica pudo hacer retrasarse el informe, aunque podría identificarse demora debido a organización.

La finalidad de la extirpación de cualquier lesión es realizarla de forma total. La morfología de la misma puede ayudar a delimitar la zona a eliminar; si de la investigación microscópica posterior resulta que ésta no se ha completado, se indica ampliar bordes y modificar el protocolo de actuación ante los nuevos hallazgos.

Según los datos de la historia clínica, la actuación profesional ha sido en este sentido. No podemos evaluar la información y la impresión que ésta ha causado en el paciente.”

El informe concluye proponiendo la desestimación de la reclamación.

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, sólo la aseguradora del Servicio Murciano de Salud hace uso del mismo, mediante la aportación de un dictamen médico, que concluye:

“1. Paciente varón de 40 años al que se le indica el 16/02/04 extirpación quirúrgica de lesión cutánea de características y curso clínico aparentemente benignas.

2. Es intervenido el 16/07/04, sin que la demora sea significativa en atención a la sospecha diagnóstica.

3. El estudio anatomopatológico es informado el 30/08/04, demostrando la presencia de un carcinoma anexial microquístico.

4. Se trata de una rara entidad, que no se presenta con el curso clínico, exploración ni localización características.

5. El paciente es informado y se indica la reintervención para ampliación de márgenes en una semana (no hay, por tanto, demora).

6. Dado que se trata de una entidad de curso muy lento (años incluso en el caso de recidiva), la posible demora no parece poder influir en el pronóstico.

7. Las recidivas son característicamente locales cuando se presentan (no linfáticas, ni a distancia).

8. Se ofrece el tratamiento correcto tras el diagnóstico, siendo decisión del paciente consultar y tratarse en un centro privado.”

La incorporación de este dictamen al expediente se comunica al interesado, quien no presenta alegaciones.

NOVENO.- Con fecha 23 de abril de 2007, la instrucción formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En tal estado de tramitación se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tiene entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 de mayo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Admi-

nistración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación fue interpuesta por el propio paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro hospitalario en el que se produjo la atención sanitaria a la que se imputa el daño.

2. La reclamación se presenta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que a la fecha de la solicitud de indemnización (5 de julio de 2005), no había transcurrido un año desde que se notifica al paciente que padece un carcinoma (6 de septiembre de 2004) ni, menos aún, desde que recibe el alta médica por curación, el 12 de enero de 2005.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP. Precisamente esta circunstancia ha llevado a los reclamantes a presentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta por silencio de su reclamación. En cualquier caso, ni el mero transcurso en exceso del plazo de resolución, ni el inicio de la vía contenciosa exoneran a la Administración de la obligación de resolver de manera expresa la reclamación, que le impone el artículo 42.1 LPAC; resolución que, por imperativo del artículo 43.4, letra b) LPAC, se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio producido.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

El funcionamiento del Servicio Murciano de Salud en la atención dispensada al reclamante es calificado por éste de anormal con base en las siguientes alegaciones:

- a) Error en el diagnóstico inicial.
- b) Inaceptable retraso (7 meses) en alcanzar el diagnóstico correcto de la enfermedad.
- c) Omisión de biopsia previa a la primera intervención.
- d) Retraso injustificable (45 días desde la biopsia intraoperatoria) en la evacuación del informe de Anatomía Patológica.
- e) Extirpación tumoral incompleta en la primera operación, determinante de la necesidad de reintervenir.

Atendido el objeto de la reclamación, pueden agruparse las alegaciones en dos. De un lado, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien

por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, o bien por ser el médico que le atendió incapaz de diagnosticarla con las pruebas practicadas.

De otro, la inadecuada realización de la primera operación, que no consigue extirpar completamente el tumor, obligando al paciente a someterse a una nueva intervención.

A la luz de tales argumentos, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad, si el facultativo valoró adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, y si se aplicó una técnica quirúrgica adecuada, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas, o de una inadecuada aplicación de la técnica quirúrgica, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones.

Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende

que “los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La valoración de dicha actuación y en qué medida antes de la primera intervención quirúrgica podía ya haberse identificado la verdadera etiología de la dolencia que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de una biopsia preoperatoria, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales que sustenten las alegaciones del reclamante, no existe elemento probatorio alguno que demuestre o, al menos, permita inferir que, con anterioridad a la primera extirpación y consiguiente estudio histopatológico de la muestra de tejido extraída, y en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, pudiera detectarse la verdadera naturaleza de su mal. Del mismo modo, tampoco queda acreditado en el expediente que, atendidas las circunstancias, la *lex artis* impusiera la necesidad o la conveniencia de realizar la biopsia con anterioridad al momento en que se llevó a efecto.

Y es que, ante la pasividad probatoria del reclamante, la única valoración técnica de la asistencia prestada por los facultativos la constituye el informe de la Inspección Médica, que considera que la actuación de los profesionales intervinientes en la atención sanitaria prestada al paciente se ajusta a la ciencia médica, juicio que aparece reforzado por las consideraciones y conclusiones del dictamen aportado al procedimiento por la aseguradora.

No obstante esta consideración general, bastante por sí sola para desestimar la reclamación formulada, en la medida en que no queda acreditada la existencia de nexo causal entre la asistencia prestada y el daño que se dice haber sufrido, se procede a analizar a continuación cada una de las alegaciones.

1. El error en el diagnóstico inicial.

De conformidad con la historia clínica, la primera asistencia relacionada con la patología dermatológica a que se refiere la reclamación tiene lugar en el ámbito de la atención primaria, en enero de 2004, cuando se detecta un “*quiste dérmico con episodios de infección (posible foliculitis crónica) en zona púbica*” y se remite a Dermatología del Hospital Morales Meseguer para exéresis. En la consulta de dicha especialidad, en febrero, se advierte la

existencia de una lesión nodular subcutánea, bien delimitada, fibrosa, de aproximadamente 1 centímetro de diámetro, clínicamente compatible con un quiste infundibular.

Según los informes técnicos obrantes en el expediente y la literatura médica aportada por la dermatóloga que atendió al reclamante, la localización pública de la lesión no era la característica de un carcinoma anexial microquístico, cuyas áreas de aparición habituales son el labio superior, el área nasolabial y la región periorbital.

Asimismo, las características del carcinoma, que consiste en un nódulo o placa solitaria de consistencia firme, cuya superficie puede presentar aspecto de piel normal, atrófica o descamativa, lo hacen clínicamente indistinguible de un quiste que haya sufrido episodios inflamatorios previos, como es el caso. De hecho, según el informe de la dermatóloga, la pieza extraída en la primera intervención no presentaba ningún dato macroscópico de malignidad.

Por tanto, si la impresión clínica no es de malignidad, si la lesión no ofrece las características clínicas y de localización típicas del carcinoma y si y el diagnóstico inicial se ajusta a la expresión típica de estas lesiones dérmicas con episodios de sobreinfección previa, no puede calificarse ese juicio clínico como erróneo a la luz de la *lex artis*. De hecho, tanto la Inspección Médica como el dictamen de la aseguradora no advierten indicios de mala praxis en este diagnóstico. El interesado, por su parte, no aporta al expediente prueba alguna que acredite que, en el momento de efectuar este diagnóstico y de haber actuado conforme a la *lex artis*, ya debía haberse descubierto el carcinoma, bien por el médico de atención primaria, bien por la dermatóloga.

2. La no realización de biopsia previa a la primera intervención.

Entiende el reclamante que, de haberse efectuado una biopsia previa a la primera operación, se habría diagnosticado adecuadamente el carcinoma y se le podría haber extirpado completamente en una sola intervención, evitándole tener que someterse a una segunda.

La determinación de qué pruebas diagnósticas son precisas y en qué momento del proceso asistencial han de realizarse, es una cuestión estrictamente técnica que sólo pueden apreciar los profesionales de la ciencia médica, en la medida que es preciso ponderar múltiples factores que harán aconsejable o no su realización. Nada prueba el interesado al respecto, quien se limita a señalar la conveniencia de su realización preoperatoria.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 24 de enero de 2001 -confirmada por la Sala del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2006-, reitera el carácter de *prueba vital* que en procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria reviste la pericial, al carecer el Tribunal de conocimientos médicos. De forma más específica, dirá que, siendo cuestión central del litigio la de si debió practicarse la biopsia antes o durante la operación, *“la Sala ignora cuando está indicada tal medida diagnóstica, si en el caso de autos era procedente o no, si los métodos empleados (...) eran suficientes, si respecto del tipo de quiste que tenía –y por razón de su presentación– es un riesgo inherente que se pueda errar en su evaluación, si la biopsia preoperatoria era procedente, si hay algún protocolo para tales casos que evidencie una norma general de actuación, etc. En consecuencia, la parte actora corre con la carga de probar cual es la lex artis exigible y no basar su demanda en la que esa parte entiende oportuna”*.

La Inspección Médica, por su parte, califica de correcta la decisión de no realizar biopsia previa a la primera intervención, atendida la apariencia clínica de benignidad de la lesión dérmica.

3. El retraso en alcanzar el diagnóstico de carcinoma.

Para el interesado se tardó excesivo tiempo en diagnosticar el verdadero mal que le aquejaba, transcurriendo más de siete meses desde la primera atención sanitaria que recibió, a lo que añade los 45 días que separaron la toma de muestras intraoperatoria y el informe de anatomía patológica. Todo ello considerando que, en estas enfermedades, el diagnóstico precoz y la rapidez en la intervención tienen una incidencia decisiva en el pronóstico, posibles secuelas y porcentaje de supervivencia del paciente.

Todo el proceso asistencial del interesado y los tiempos que transcurren entre las intervenciones vienen determinados por el diagnóstico inicial de tumoración benigna, lo que conlleva la inclusión del paciente en lista de espera quirúrgica, para ser intervenido dentro del plazo de cinco meses. Este plazo, aunque expresado en días naturales (150) es el que señala en la actualidad el artículo 5.1, letra a) del Decreto 25/2006, de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia, lo que permite interpretar que el tiempo transcurrido entre la inclusión en lista de espera del paciente y su operación, está dentro de los parámetros normales.

No consta en el expediente información que permita obtener tales parámetros de normalidad por referencia al tiempo invertido en la obtención de los resultados del análisis de anatomía patológica, aunque la Inspección Médica apunta que el retraso en el informe pudo deberse a una demora por cuestiones organizativas.

En cualquier caso, la tardanza en alcanzar el diagnóstico del carcinoma no tiene incidencia en la salud del paciente, toda vez que éste, tras ser sometido a la intervención que había indicado la especialista en Dermatología que le atendía, es decir la ampliación de márgenes, ha quedado curado, tal y como consta en el informe del oncólogo del Hospital S. J..

Adviértase que el carcinoma anexial microquístico es una neoplasia de crecimiento lento, con poca capacidad de metastatizar y de rara extensión a los ganglios linfáticos, como señalan la literatura médica traída al expediente y los médicos informantes, por lo que ninguna relevancia en cuanto a pronóstico, secuelas o curación cabe apreciar en el hecho de diagnosticar la enfermedad siete meses después de la primera atención sanitaria.

4. Incompleta extirpación inicial del tumor y necesidad de reintervenir.

De conformidad con el informe de la Inspección Médica, la finalidad de cualquier extirpación es realizarla de forma total, siendo su morfología la que puede ayudar a delimitar la zona a eliminar. Si de la investigación microscópica posterior resulta que la eliminación no es completa, lo indicado es ampliar bordes y modificar el protocolo de actuación ante los nuevos hallazgos. La actuación llevada a cabo por los profesionales que atendieron al paciente “ha sido en este sentido”, según la inspectora informante, de donde cabe deducir su adecuación a *lex artis*.

En definitiva, frente al juicio técnico que sobre la actuación de los facultativos intervinientes en el proceso asistencial del paciente efectúan los informes y dictámenes incor-

porados al expediente, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones vertidas por el actor, que no dejan de ser meras afirmaciones de parte realizadas por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico. Correspondiendo a los interesados la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), y no habiendo logrado probar a través de la aportación de los medios adecuados la existencia de mala praxis, no cabe entender acreditados ni la existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste.

QUINTA.- Valoración del daño.

La petición indemnizatoria total de 26.163,15 euros se desglosa en tres conceptos, respecto a los cuales cabe hacer una consideración particular indicando, en cuanto a los gastos realizados en la sanidad privada, que no se ha acreditado el requisito de urgencia vital requerido por los artículos 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el que se regula la ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, vigente a la fecha de la reclamación, y 4 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se regula la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que deroga al anterior.

Sobre los daños morales, hay que destacar el carácter meramente potencial de su formulación, lo que impide tener acreditado el requisito de la actualidad requerido por el artículo 141 LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no se advierte la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 148/07.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por la concesión directa mediante Convenio, de una subvención al Consorcio Turístico Desfiladero de Almadenes, con omisión del trámite de fiscalización previa.

Consultante: Consejero de Turismo y Consumo (2007)

Fecha: 29/10/07

Extracto de Doctrina

Según se desprende del artículo 33.1 del Decreto 161/1999, de 30 diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCI), el procedimiento allí regulado tiene como presupuesto inicial que la Intervención conozca de un expediente por habersele remi-

tido, para su fiscalización, una propuesta de reconocimiento de determinadas obligaciones económicas líquidas. De este momento procedimental de la gestión presupuestaria parte el citado precepto, para disponer luego, en su número 2, que, si la Intervención advierte entonces la omisión del preceptivo informe de fiscalización que debía haberse recabado en una fase anterior, debe emitir un informe (que no tiene naturaleza de fiscalización) sobre determinados extremos, especialmente sobre si es conveniente revisar los actos viciados por la referida omisión, o no hacerlo y, por tanto, continuar el procedimiento reconociendo la obligación que se haya generado. Tras dicho informe y la memoria del órgano gestor explicativa de la omisión de la fiscalización, el Consejo de Gobierno acordará lo procedente.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Consejería de Turismo y Consumo remitió a la Intervención-Delegada de la Consejería de Hacienda en ella destacada un expediente relativo a la concesión directa, mediante Decreto, de una subvención al C. T. D. A. para la ejecución de un convenio de colaboración suscrito entre la Comunidad Autónoma, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el C. citado y la Federación Regional de Empresarios de Hostelería de Murcia, que tenía por objeto el desarrollo del Plan de Dinamización del producto turístico “Desfiladero de Almadenes”; la Intervención Delegada emitió el 3 de agosto de 2007 un informe en el que manifiesta que en la tramitación de tal procedimiento se omitió la fiscalización previa en las fases de reconocimiento y autorización del gasto, infringiendo lo previsto en el artículo 93 del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH). No obstante, en su criterio no es conveniente la anulación del acto, puesto que la Comunidad Autónoma podría incumplir una obligación ya contraída y habría que indemnizar a los afectados, por lo que propone someter el asunto al Consejo de Gobierno para que adopte las decisiones oportunas.

SEGUNDO.- La Secretaría Autonómica de Turismo emitió una memoria explicativa el 28 de agosto de 2007, exponiendo que la causa de omisión de la fiscalización previa fue un *lapsus* sufrido por el titular del órgano gestor, y propone que el expediente se eleve a la consideración del Consejo de Gobierno.

TERCERO.- La Consejería pretende elevar al Consejo de Gobierno una propuesta para que éste acuerde autorizarla a que reconozca las obligaciones derivadas del precitado convenio, propuesta que se somete al Dictamen de este Consejo Jurídico, y en cuyo expediente constan, entre otros:

a) Informe jurídico favorable del Servicio Jurídico de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, de 21 de septiembre de 2007.

b) Certificado por el que se acreditaba el Decreto que regula las normas especiales para la concesión directa de la subvención. Igualmente se ha publicado el Decreto en el BORM nº 122, de 29 de mayo de 2007 (Decreto 97/2007, de 18 de mayo).

c) Certificado por el que se acredita la existencia de crédito adecuado y suficiente para atender el gasto que produce la concesión de la subvención.

d) La publicación del convenio en el BORM de 16 de julio del presente año, tal y como se dispone en el artículo 14 del Decreto 56/1996, de 4 de julio, por el que se regula el Registro General de Convenios y se dictan las normas para la tramitación de éstos.

Elaborados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, la consulta fue formulada al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el día 2 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La consulta formulada lo es para que se emita el Dictamen exigido por el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, esto es, el que procede sobre las propuestas que se pretende elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones o gastos asumidos con omisión de la intervención previa de los mismos. Se emite, pues, con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Sobre la generación de una obligación económica y la procedencia de su reconocimiento y pago.

Según se desprende del artículo 33.1 del Decreto 161/1999, de 30 diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCI), el procedimiento allí regulado tiene como presupuesto inicial que la Intervención conozca de un expediente por habersele remitido, para su fiscalización, una propuesta de reconocimiento de determinadas obligaciones económicas líquidas. De este momento procedimental de la gestión presupuestaria parte el citado precepto, para disponer luego, en su número 2, que, si la Intervención advierte entonces la omisión del preceptivo informe de fiscalización que debía haberse recabado en una fase anterior, debe emitir un informe (que no tiene naturaleza de fiscalización) sobre determinados extremos, especialmente sobre si es conveniente revisar los actos viciados por la referida omisión, o no hacerlo y, por tanto, continuar el procedimiento reconociendo la obligación que se haya generado. Tras dicho informe y la memoria del órgano gestor explicativa de la omisión de la fiscalización, el Consejo de Gobierno acordará lo procedente.

De las actuaciones remitidas resulta que entre la Consejería consultante, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y el C. existe una obligación consistente en que la primera abone al último la anualidad correspondiente a la subvención total concedida, anualidad que asciende a 461.667 euros, todo ello para la realización del proyecto previsto en el convenio suscrito el 21 de mayo de 2007.

La actuación autonómica ha generado una obligación económica sustantiva ante el C., la Federación Regional de Empresarios de Hostelería de Murcia y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, aunque no se hayan cumplido los trámites preceptivos y formales de la normativa presupuestaria, apreciando la Intervención, no obstante, que no procede la revisión del acto en cuya virtud se prestó el consentimiento al Convenio (y que, de declararse la nulidad de aquél, acarrearía la de éste), porque las consecuencias indemnizatorias anejas a dicha declaración de nulidad serían de igual o incluso superior importe económico que el que debe ser objeto de reconocimiento en virtud de las prestaciones que deben realizarse al amparo de dicho Convenio.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- El Consejo de Gobierno puede autorizar a la Consejería de Turismo y Consumo a reconocer las obligaciones derivadas del Decreto 97/2007, de 18 de mayo, y del convenio suscrito el 21 de mayo de 2007 con el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, la Federación Regional de Empresarios de Hostelería de Murcia y el C. T. D. A., referentes a la anualidad del 2007.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 149/07.- Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 29/10/07

Extracto de Doctrina

Sobre la fragmentación del desarrollo reglamentario ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 80/2002), señalando que tal como ha indicado el Consejo de Estado (entre otros, en su Dictamen núm. 539/1992) “es claro que existen poderosas razones en pro de un desarrollo integral de las leyes en un solo texto reglamentario”, siendo una de ellas “el respeto a la ley –la cual obedece a una única iniciativa legislativa–”; otra, “la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas o la coherencia interna de éstas –es más difícil que se deslicen distorsiones y desviaciones en un reglamento único y completo que en una pluralidad de reglamentos parciales–” o, finalmente, “la seguridad jurídica, en los tres aspectos de la certeza de los administrados, autovinculación de la Administración y estabilidad del ordenamiento”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 14 de octubre de 2005, el entonces Secretario Sectorial de Acción Social elevó a la titular de la en aquel momento denominada Consejería de Trabajo y Política Social, una propuesta de elaboración de un Proyecto de Decreto, destinado a regular los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia; norma que, según dicha solicitud, resulta imprescindible dada la necesidad de actualizar y racionalizar los procedimientos ya existentes, que hoy en día se rigen por el Decreto 81/1994, de 4 de noviembre, modificado por el Decreto 48/2002, de 1 de febrero.

SEGUNDO.- Junto con el borrador del Decreto constan las siguientes actuaciones:

– Una memoria sobre el acierto y oportunidad de la norma que se pretende aprobar, elaborada por el Jefe de Servicio de Desarrollo Normativo y Órganos de Participación, con el visado del Secretario Sectorial de Acción Social.

– Certificados acreditativos de haber sometido el citado borrador a la consideración del Consejo Regional de Servicios Sociales y del Consejo Asesor Regional de Infancia y Familia, que lo informaron favorablemente.

– Memoria económica en la que se hace constar que la aprobación y aplicación del Decreto no conlleva obligaciones económicas para la Administración.

– Informe sobre impacto de género.

– El Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante, con fecha 24 de marzo de 2006, emite informe favorable al borrador.

TERCERO.- Con la misma fecha se recaba el preceptivo dictamen del Consejo Económico y Social (CES), que lo emitió el día 6 de junio de 2006, haciendo constar la valoración positiva que le merece *“porque el mismo supone dotar de mayor seguridad jurídica a los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores al incluir en un solo texto la normativa procedimental en esta materia”*, no obstante lo cual señala una serie de sugerencias tendentes a mejorar su contenido, gran parte de las cuales se incorporan al texto, lo que dio lugar a un segundo borrador.

CUARTO.- El texto resultante fue enviado a la Dirección de los Servicios Jurídicos, que emitió informe el día 19 de enero de 2007 haciendo determinadas observaciones que, acogidas en su mayoría, dan lugar a un tercer y definitivo borrador que, debidamente autorizado, se halla unido al expediente.

QUINTO.- Con fecha 31 de enero de 2007 se recibe en este Consejo Jurídico oficio de la Consejería de Trabajo y Política Social solicitando la emisión de Dictamen, acompañando el expediente, extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997 de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), la consulta se formula preceptivamente, emitiéndose el Dictamen con tal carácter.

SEGUNDA.- Competencia material y orgánica y habilitación legislativa.

Analizaremos a continuación el marco normativo en el que ha de incardinarse el Decreto que se pretende aprobar, y para ello conviene recordar que, en lo relativo a cuestiones tendentes a hacer efectiva la protección a la infancia propugnada por el artículo 39 de la Constitución, inciden diversos sistemas normativos como son el comunitario e internacional, el estatal y el autonómico.

En el primero de los ámbitos mencionados, la protección de los derechos del menor se recoge en diversos Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, en la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. También cabe citar la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, y, en el ámbito de la adopción internacional, el Convenio hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España en instrumento de 30 de junio de 1995.

De la normativa de carácter estatal es preciso destacar, además del Texto Constitucional ya mencionado, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del matrimonio; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Por lo que al ámbito autonómico se refiere, el artículo 10.Uno.18 de nuestro Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social; desarrollo comunitario; política infantil y de la tercera edad; e instituciones de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria.

En ejercicio de esta competencia se aprueba la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia (en lo sucesivo, LI), de alguno de cuyos artículos (32, 36.2, 39.1 y 40.1) el presente proyecto constituye desarrollo reglamentario.

Por su parte, la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (LSSSRM), en su artículo 11, establece: *“1. Los servicios sociales especializados en el sector de familia e infancia realizarán actuaciones tendentes a la protección, promoción de los menores y familias y a la estabilización de la estructura familiar. 2. Para tal fin, se desarrollarán, entre otros, programas de intervención familiar, defensa de los derechos de los menores en caso de ruptura familiar, apoyo a familias numerosas, atención a la violencia familiar, programas para la conciliación de la vida familiar y laboral, acogimiento y protección de menores en situación de desamparo o en riesgo de exclusión social, mediación familiar e intergeneracional y promoción de la adopción nacional e internacional”*.

Junto a las habilitaciones reglamentarias específicas antes citadas, hay que mencionar las generales contenidas en la disposición final primera LI (*“se faculta al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo reglamentario de la presente Ley”*) y en el artículo 21, a) LSSSRM (*“corresponde al Consejo de Gobierno el desarrollo reglamentario de la legislación sobre servicios sociales”*).

El Decreto regional 81/1994, de 4 de noviembre, modificado por el Decreto 48/2002, de 1 de febrero, ya reguló los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores; texto normativo que ahora se pretende sustituir por el que es objeto del presente Dictamen, aduciendo para ello la necesidad de un nuevo Decreto que regulase de forma conjunta dichos procedimientos, *“en garantía de una mayor y mejor comprensión de su contenido”*; y lleve a cabo la actualización de algunas partes de estos procedimientos que se habían quedado obsoletas.

Corresponde al titular de la actual Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración la propuesta al Consejo de Gobierno del presente Proyecto en virtud de lo establecido en los artículos 22, b) LSSSRM y 37.1, c) de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004).

En cuanto a la forma de la norma que se pretende aprobar, la de Decreto resulta adecuada a tenor de lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, Ley 7/2004).

De lo anterior resulta que la regulación que el texto lleva a cabo sobre los procedimientos administrativos en materia de acogimiento preadoptivo y adopción de menores, encuentra cobertura en los preceptos legales que se han indicado, y, por tanto, cabe afirmar, sin perjuicio de las precisiones que ulteriormente se realizarán sobre concretos contenidos del Proyecto, que éste es respetuoso con las normas que pretende desarrollar.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración, contenido y sistemática.

I. En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, los procedimientos de elaboración de proyectos de reglamentos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 6/2004, se rigen por lo establecido en el artículo 53 del expresado texto legal, que señala que a aquéllos deberá unirse una memoria que justifique la necesidad y oportunidad de la norma y que incluya la motivación técnica y jurídica, así como un estudio económico que contenga la estimación del coste al que su aprobación dará lugar.

Además, sigue indicando el referido precepto, a lo largo del proceso de elaboración deberán unirse al anteproyecto los estudios e informes que se estimen precisos para justificar su necesidad; relación de las disposiciones cuya vigencia resulte afectada; informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente y aquellos otros informes, consultas y aprobaciones previas que tengan carácter preceptivo.

Por su parte, el número 3 de este mismo artículo, establece que, una vez elaborado el texto de un proyecto de disposición de carácter general que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos, el órgano directivo impulsor lo someterá a consulta de los posibles afectados, bien de forma directa o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas que los representen, pudiendo ser obviado este trámite si las referidas organizaciones o asociaciones hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración del texto de la disposición.

La tramitación del expediente que nos ocupa se ha ajustado en términos generales a las prescripciones legales antes mencionadas. Así, se ha iniciado el procedimiento mediante propuesta del órgano competente para ello, uniendo al anteproyecto una exposición de motivos, una memoria justificativa de la oportunidad de la norma, memoria económica, informe sobre el impacto de la norma por razón de género, informe del Servicio Jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente, acreditación de haber sometido el proyecto al Consejo Regional de Servicios Sociales y al Consejo Asesor Regional de Infancia y Familia, dictamen del CES e informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

El trámite de audiencia al que se refiere el artículo 53.3 de la Ley 6/2004 ha de entenderse cumplimentado, puesto que en los Consejos Asesores antes indicados están representadas las asociaciones y federaciones no lucrativas de los sectores de infancia y familia, así como las asociaciones de vecinos.

No obstante lo anterior, han de realizarse las siguientes observaciones sobre el procedimiento de elaboración seguido:

a) A tenor de lo dispuesto en el citado artículo 53.2 de la Ley 6/2004, se recabará informe jurídico de la Vicesecretaría. El informe que obra a los folios 101 y siguiente del expediente, emitido por el Servicio Jurídico (unidad administrativa dependiente de la Vicesecretaría) y visado por el titular de la Vicesecretaría, puede tenerse como suficiente para entender cumplimentado este trámite. No obstante, cabe señalar, como hace la Dirección de los Servicios Jurídicos, que el informe si bien comienza haciendo referencia al proyecto

de Decreto objeto de este Dictamen, con posterioridad contiene referencias al “Estatuto Básico de Centros de Día de Personas Mayores de la Región de Murcia”, de donde parece deducirse que se ha sufrido un traspapeleo que es preciso enmendar antes de continuar con la tramitación del expediente.

b) Se acompaña informe sobre el impacto de género de la norma que se pretende aprobar, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de los reglamentos regionales tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004. No obstante, al limitarse el informe a manifestar que la norma proyectada “*no provoca ningún impacto en función del sexo, en las distintas medidas que se adoptan*”, el trámite sólo puede entenderse cumplimentando desde un punto de vista formal, por ello se sugiere a la Consejería consultante (como ya se ha hecho en diversos Dictámenes emitidos con anterioridad), que para futuras normas se lleve a cabo, y así se recoja en el informe, un análisis valorativo de las consecuencias que para la vida económica, social, civil, roles, etc., de las mujeres y de los hombres, puedan tener las disposiciones que se pretenden aprobar.

c) Se contiene también en el expediente una denominada memoria económica que expresamente afirma venir exigida por la Disposición Adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia y por el artículo 24.1, a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno (esta última referencia es errónea ya que en el momento de emitirse tal documento había entrado en vigor la Ley 6/2004). Pues bien, tanto el artículo 24.1, a) de la Ley 50/1997, como el 53.1 de la Ley 6/2004, exigen la realización de un estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere, estudio que no cabe identificar con la memoria preceptuada por la normativa presupuestaria. En efecto, de conformidad con el referido Texto Refundido, cuando la aprobación y aplicación de la nueva norma pudiera generar obligaciones económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos regionales o una disminución de los ingresos previstos, debe documentarse con una memoria en la que se detallen las posibles repercusiones presupuestarias de su aplicación; por el contrario, el exigido por la Ley 6/2004 tiene una naturaleza más amplia, pues no ha de interpretarse en el sentido de un mayor coste, sino del que se valore, con independencia de que origine o no mayores gastos de los que serían atendibles con los créditos ya consignados presupuestariamente.

II. La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). A saber: incluye una parte expositiva en la que se fundamenta el objeto de la norma; los artículos vienen correctamente agrupados en secciones y éstas en Capítulos, y todos ellos aparecen intitulados (Directrices 23, 24 y 29). No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que de ser aceptadas mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

a) Según la Directriz 11 de las mencionadas, en los anteproyectos de ley la parte expositiva se denominará “Exposición de Motivos”. En las demás disposiciones, no se intitulará la parte expositiva. Debe, por lo tanto, eliminarse el título dado a esta parte en el Proyecto.

b) Se debe utilizar un criterio homogéneo en la denominación de los capítulos, de forma que todos vayan precedidos de la preposición “de” o bien eliminarla en todos los casos.

c) La técnica a seguir en la división de los artículos viene recogida en la Directriz 31, cuyo contenido debe aplicarse al artículo 5 del Proyecto, ajustando la división efectuada a dichas previsiones, lo que, en cualquier caso, debe suponer la eliminación de los signos utilizados para señalar cada uno de los grupos de vocales que conforman la Comisión Regional de Protección del Menor.

CUARTA.- Consideraciones de carácter general.

Desde el punto de vista sustantivo, este Decreto se sitúa en el marco de la legislación civil estatal relativa a la adopción y demás formas de protección de Menores, en la regulación dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la de Enjuiciamiento Civil. En los aspectos procedimentales, ha de tenerse en cuenta la legislación procesal estatal (Ley de Enjuiciamiento Civil) y la legislación sobre procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Asimismo deben respetarse las previsiones legales contenidas en la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, de la que constituye desarrollo reglamentario, en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en la mencionada Ley Orgánica 1/1996, aprobada con posterioridad.

Previamente al análisis del texto se han de efectuar las siguientes consideraciones de carácter general:

Primera.- El Proyecto objeto del presente Dictamen aborda la regulación de la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en los procedimientos correspondientes al acogimiento preadoptivo y a la adopción, declinando hacerlo en relación con los procedimientos correspondientes a las situaciones de riesgo y desamparo de los menores y el resto de instrumentos de protección de éstos (guarda, tutela y acogimiento familiar simple y permanente).

Esta omisión, en lo que se refiere al acogimiento familiar en sus modalidades de simple o permanente, ya es cuestionada por la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe. Objeción que ha sido rebatida por el órgano redactor del Proyecto que justifica la separación de la regulación de los acogimientos preadoptivo, por un lado, y familiar simple o permanente, por otro, en el hecho de que el primero vaya unido inevitablemente a la posterior formalización de la adopción, en tanto que esta consecuencia no tiene que producirse necesariamente en los últimos.

Sobre la fragmentación del desarrollo reglamentario ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 80/2002), señalando que tal como ha indicado el Consejo de Estado (entre otros, en su Dictamen núm. 539/1992) *“es claro que existen poderosas razones en pro de un desarrollo integral de las leyes en un solo texto reglamentario”*, siendo una de ellas *“el respeto a la ley –la cual obedece a una única iniciativa legislativa–”*; otra, *“la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas o la coherencia interna de éstas –es más difícil que se deslicen distorsiones y desviaciones en un reglamento único y completo que en una pluralidad de reglamentos parciales–”* o, finalmente, *“la seguridad jurídica, en los tres aspectos de la certeza de los administrados, autovinculación de la Administración y estabilidad del ordenamiento”*.

Entiende el Consejo Jurídico que las motivos aducidos por la Consejería consultante no enervan las razones que aconsejarían, en este caso, la regulación en un solo texto de los procedimientos administrativos relativos a las figuras que antes se indican. Estas razones se concretarían, en síntesis, del siguiente modo:

a) La declaración de desamparo tiene carácter previo a las medidas de protección que se regulan en el Proyecto, de ahí que hubiera resultado más coherente incluir la reglamentación del procedimiento para su consecución, lo que, además, supondría dar cumplimiento al mandato específico que, al respecto, se contiene en el artículo 24.1 LI.

b) El acogimiento se configura, tanto en el Capítulo V de la LI como en el artículo 173 del Código Civil, como un mecanismo de protección único. Así la LI en su artículo 31 establece que *“el acogimiento tiene como finalidad la adaptación a la vida en familia de menores, de manera transitoria, bien para su reinserción en su familia de origen, bien como paso previo a su posible adopción y siempre con los efectos que expresamente se señalan en el artículo 173.1 del Código Civil”*. Por su parte el Código Civil, en el citado artículo 173, establece la constitución, efectos, formalización y cese del acogimiento familiar, sin hacer distinción alguna en razón de las diferentes modalidades de acogimiento previstas en el artículo 173.bis.

c) El procedimiento para determinar los requisitos y circunstancias que deban reunir las familias o personas de acogida también se prevé como único en el artículo 32 LI, con independencia de la modalidad de acogimiento.

Segunda.- La habilitación para la regulación que se contiene en el Capítulo VI del Proyecto sobre Adopción Internacional, la encontramos en el artículo 25 de citada Ley Orgánica 1/1996 (aunque, a tenor de la clasificación que efectúa el apartado tercero de la Disposición final vigésimo primera de dicha Ley, este concreto precepto no tiene carácter orgánico). En este orden de cosas resulta de obligada mención el hecho de que en estos momentos se encuentre en trámite de aprobación el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, por la que se derogará dicho precepto y se modificaran otros del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vista la incidencia que este Proyecto estatal (una vez convertido en Ley) va a tener sobre los preceptos relativos a adopción internacional que se contienen en el Proyecto que ahora se informa, razones de elemental prudencia aconsejan posponer la aprobación de este último hasta el momento de entrada en vigor de la Ley estatal, con el fin de obtener la debida coordinación y complementariedad entre ambos textos.

Tercera.- Las referencias que en el texto se contienen a la Consejería de Trabajo y Política Social, deben sustituirse por la que corresponda al Departamento que ostente, en la actualidad, las competencias en materia de menores.

QUINTA.- Consideraciones particulares sobre el articulado.

Efectuadas las anteriores consideraciones de carácter general procede ahora abordar el análisis del texto del Decreto que se pretende aprobar.

-Título.

Como quiera que el Proyecto regula no sólo el procedimiento administrativo previo a la constitución de la adopción nacional e internacional, sino también el acogimiento familiar preadoptivo, sin que esta última figura tenga que preceder forzosamente a la de adopción (art. 21.1 del Proyecto), resultaría necesario, tal como señala la Dirección de los Servicios Jurídicos

cos en su informe, incluir en el título una referencia al acogimiento preadoptivo, logrando así que la denominación del Reglamento sea lo suficientemente explicativa de su contenido.

-Parte expositiva.

De acuerdo con las Directrices de técnica normativa antes mencionadas, las disposiciones de carácter general contarán con una parte expositiva que cumplirá con la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta.

El Proyecto que ahora nos ocupa viene acompañado de un texto introductorio dando así cumplimiento formal al requisito establecido por dichas Directrices. No obstante, el estudio de su contenido evidencia las siguientes deficiencias:

1. Se echa en falta una obligada referencia tanto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la que se modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisamente en las materias objeto del Proyecto (acogimiento preadoptivo y adopción), como a la LI de la que el Proyecto constituye un desarrollo reglamentario parcial.

2. La reseña que se contiene al “Registro de Adoptantes” debe rectificarse por la denominación a que tal Registro da el artículo 32.3 LI, es decir, “Registro General de Adopciones y Acogimientos Preadoptivos”.

3. La parte expositiva de una norma reviste una especial importancia como elemento interpretativo del articulado al que prologa; de ahí que se deba cuidar especialmente la utilización de los signos de puntuación y acentuación, de forma que el sentido que se dé a su contenido se corresponda con el que realmente pretende el redactor de la norma. Con el fin de evitar posibles confusiones y problemas de interpretación, se considera le necesidad de efectuar las correcciones relativas a signos de puntuación o tildes que a continuación se indican:

- En el primer párrafo, introducir una coma entre las palabras “extremo” y “no”.
- En el cuarto párrafo se debe eliminar la coma situada tras la palabra “correspondiente” y, sin embargo, debe incluir una coma tras la locución “adopción” que aparece en el tercer renglón.
- En el sexto párrafo debe eliminarse la tilde con la que aparece la palabra “regulará”.
- En el duodécimo párrafo se debe suprimir la coma que aparece situada tras la palabra “Español”.
- En el decimocuarto párrafo se deben incluir dos comas. Una, entre las palabras “que” y “habiendo”, y otra, entre las palabras “adopción” y “hayan”.

- Parte dispositiva.

A) Articulado.

- Artículo 1. Objeto.

Mediante este precepto se intenta definir el objeto de la norma proyectada, pero al hacerlo omite el procedimiento relativo al acogimiento preadoptivo, que debería incluirse tal como indica la Dirección de los Servicios Jurídicos.

– Artículo 2. Ámbito de aplicación.

El análisis de este precepto suscita una consideración de índole gramatical que se concreta en el apartado b) que, al venir referido -como el resto de apartados- a un determinado tipo de procedimiento al que se va a aplicar el Reglamento, debería iniciarse con la expresión “los relativos a” o similar.

– Artículo 4. Adscripción orgánica y funciones.

a) También merece este artículo una consideración de carácter gramatical en relación con el apartado 2,a) que establece, como una de las funciones de la Comisión Regional de Protección del Menor, la de “declarar la idoneidad y la no idoneidad de los que deseen ser propuestos como adoptantes”. Está claro que la Comisión, ante una propuesta de adopción, tendrá que decidir entre dos alternativas: declarar la idoneidad o no hacerlo. De ahí que resulte necesario sustituir la conjunción copulativa “y” por la disyuntiva “o”.

b) En el apartado 2,c) se contiene una referencia errónea al artículo 173 bis del Código Civil, que debe sustituirse por el artículo 173, precepto éste que sí regula, en su apartado 4, el cese del acogimiento.

c) En este mismo apartado se hace referencia a la competencia de la Comisión Regional de Protección del Menor para acordar “el acogimiento familiar preadoptivo y preadoptivo provisional”. La figura de acogimiento preadoptivo provisional es mencionada por primera y única vez en el precepto objeto de este comentario, sin que en momento alguno se concrete a qué tipo de acogimiento se refiere. En cualquier caso, sólo podría hacerlo al que se señala en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 173 del Código Civil, es decir, a aquel que la entidad pública puede acordar cuando los padres o el tutor del menor no consentan o se opongan al acogimiento, y que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial. Resultaría adecuado que en la Sección 1ª del Capítulo IV dedicada al acogimiento familiar preadoptivo, se aclarara la distinción entre ambos tipos de acogimiento.

– Artículo 5. Composición.

a) Sería conveniente señalar que la designación de los suplentes de los vocales y del secretario de la Comisión Regional de Protección del Menor, se llevará a cabo siguiendo el mismo procedimiento establecido para los titulares.

b) Con el fin de observar la obligada concordancia de género se ha de usar el masculino en la palabra “designadas” que se contiene en el apartado destinado a establecer los vocales de la Comisión representantes de la unidad administrativa con competencia en materia de adopción de menores.

– Artículo 6. Régimen de funcionamiento.

Según el artículo 23 de la Ley 7/2004, el régimen jurídico de los órganos colegiados que actúen integrados en la Administración autonómica (circunstancia que concurre en la Comisión Regional de Protección del Menor), se ajustará a las normas contenidas en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), sin perjuicio de las peculiaridades organizativas contenidas en la Ley 7/2004 o en su norma de creación. A su vez el artículo 22.2 LPAC afirma que los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales (supuesto que se

cumple en la Comisión Regional de Protección del Menor), podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

La aplicación de los anteriores preceptos permite dotar a la citada Comisión de un régimen general de funcionamiento (el previsto en la LPAC, a cuyo contenido se puede remitir el Proyecto), y de un reglamento interno de funcionamiento (que puede aprobar la propia Comisión), sin necesidad de recoger en el Proyecto una habilitación al titular de la Consejería tal como hace el apartado 1 del artículo que ahora se comenta, circunstancia que suscita serias dudas sobre la legitimidad del Consejero para efectuar un desarrollo reglamentario que no le viene directamente atribuido por una norma con rango de ley, en los términos que se recogen en el comentario que se efectúa en este Dictamen al artículo 11 del Proyecto.

– Artículo 8 en relación con 9 (criterios generales y criterios específicos para la adopción).

a) Según establece el artículo 173 bis, apartado 3º, del Código Civil el acogimiento familiar preadoptivo es aquel “*que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción*”. Vemos, por lo tanto, que el acogedor preadoptivo ha de reunir los requisitos necesarios para adoptar, entre los que hay que considerar incluida la declaración de idoneidad para ello. De ahí que carezca de sentido que el Proyecto establezca unos criterios generales para la declaración de idoneidad (artículo 8.1) y unos específicos para la declaración de idoneidad para la adopción (artículo 9), porque, en cualquier caso, el solicitante ha de reunirlos todos. Esta diferenciación tiene su razón de ser en el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de la Junta de Andalucía (texto en el que, en el aspecto que ahora nos ocupa, se ha inspirado el Proyecto), debido a que la norma andaluza regula los tres tipos de acogimiento familiar (simple, permanente y preadoptivo), señalando unos criterios comunes a todo tipo de acogimiento y unos específicos para el acogimiento preadoptivo y la adopción, pero en la norma autonómica que se pretende aprobar, repetimos, no lo tiene, debido a que sólo regula el acogimiento familiar preadoptivo. Sugiere, pues, el Consejo que se proceda a refundir el contenido de ambos preceptos.

Si no se aceptara esta propuesta y, por ende, se mantuviese la redacción actual, el apartado 3 del artículo 8 debería trasladarse como párrafo segundo del artículo 7 o, en su defecto, configurarlo como un artículo independiente (el número 10, lo que supondría una reenumeración del resto de preceptos del Proyecto), con el fin de que su contenido resultara de aplicación tanto a la declaración de idoneidad general como a la específica para la adopción.

b) El apartado 4 del artículo establece la obligación de los solicitantes de declaración de idoneidad de comunicar a la unidad competente en materia de protección de menores, las variaciones significativas que puedan producirse en las circunstancias que hayan sido tenidas en cuenta para efectuar dicha declaración. En términos similares se pronuncia el artículo 19.1 *in fine*. Resultaría conveniente que el redactor de la norma revisase este extremo y procediera, si lo estima adecuado, a suprimir la previsión del precepto que ahora nos ocupa. En caso de mantenerla debe eliminarse el adjetivo “significativo”, ya que introduce un elemento de ambigüedad que en nada contribuye a dotar al Proyecto de la seguridad jurídica que debe acompañar a todo texto normativo.

– **Artículo 10. Iniciación.**

– El apartado primero exige, para poder instar el procedimiento de declaración de idoneidad, el requisito de residencia habitual en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Acerca de esta previsión la Dirección de los Servicios Jurídicos sugirió, en su informe, una posible carencia de cobertura legal para excluir a los solicitantes de otras Comunidades Autónomas. A este respecto conviene traer a colación la Sentencia 90/1989, de 11 de mayo, del Tribunal Constitucional, en la que el Alto Tribunal afirmaba que *“Los mandatos del art. 14 CE no implican forzosamente la uniformidad de las posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio español, independientemente del municipio, provincia o Comunidad Autónoma en que residan; y la diversidad de situaciones jurídicas derivadas de las regulaciones y normas vigentes en las diferentes zonas del territorio nacional (sean estas normas de origen estatal, autonómico o local) no puede considerarse vulneración de la libertad de residencia, en tanto no impidan que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto, lo que constituye el presupuesto jurídico necesario del trato diferente entre diversas regiones. Ciertamente, quien así lo haga habrá de asumir las consecuencias de su opción, habida cuenta de los ‘beneficios y perjuicios, derechos, obligaciones y cargas que, materialmente o por decisión de los poderes públicos competentes, corresponden a los residentes en un determinado lugar (...) por el mero hecho de la residencia’ (STC 8/1986, fundamento jurídico 3.)”*

Con base en esta sentencia del TC puede admitirse que la condición de residente se configure como un requisito necesario para estos tipos de procedimientos. No obstante, el redactor de la norma podría plantearse la conveniencia de prever –como hacen otras Comunidades Autónomas– la posibilidad de aceptar, en supuestos especiales, las solicitudes provenientes de no residentes en la Región de de Murcia (véanse, a título de ejemplo, los artículos 11.2.a) del Decreto 62/1996, de Islas Baleares; 8.2 del Decreto 120/2005, de Aragón; 11.1,a) del Decreto 72/2007, de La Rioja).

– En el apartado dos se establece que para poder acceder a una adopción nacional en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se ha de poseer la nacionalidad española, es decir, se está vetando a los extranjeros con residencia habitual en esta Comunidad Autónoma la posibilidad de ser adoptante.

Los requisitos que integran la capacidad para ser adoptante los regula el Código Civil y pueden resumirse del siguiente modo:

1º. De edad: *“La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”* (art. 175).

2º. A partir de la Ley 21/1987, ya no se exige expresamente que el adoptante esté en pleno uso o ejercicio de sus derechos civiles, dejando a la discrecionalidad de la entidad pública y del juez la valoración de ciertas restricciones o incapacidades parciales que el adoptante pudiera sufrir (estar declarado pródigo, estar afectado por causa de inhabilidad para ser tutor o estar sometido a concurso de acreedores o quiebra). En cualquier caso, como el artículo 176.1 exige la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, se valoran especialmente las penas de inhabilitación relativas a la misma e impuestas por la comisión de algún delito.

3º. Por aplicación de la normativa general se sobreentiende que el adoptante ha de ser persona física y tener la capacidad mental necesaria para formar personalmente su voluntad de otorgar el consentimiento a la adopción y para asumir los deberes que nacen de ella.

4º. Aunque la persona reúna todos los anteriores requisitos aún ha de ser declarado idóneo para adoptar, por la entidad pública, primero, y, después, por el juez; o sólo por este último, o por el cónsul, en su caso, por entender el Derecho que determinadas personas gozan de presunción *iuris tantum* de idoneidad (art. 176).

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que determinadas personas no tienen permitida la adopción por sus circunstancias personales, pero hoy son únicamente las relacionadas con el adoptando concreto (adopción de determinados parientes o del pupilo –art. 176–).

Vemos, pues, que el Código Civil no establece la nacionalidad española como requisito para ser adoptante, ni prohíbe a los extranjeros –por el sólo hecho de serlo– la adopción. Es más, el contenido del artículo 9.5 viene a reconocer indirectamente tal posibilidad cuando establece que *“a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la ley de residencia habitual del adoptante o del adoptando”*.

Por todo lo anterior se considera que el Proyecto de Decreto, establece en este punto un verdadero requisito de capacidad para la adopción que excede del ámbito material de la competencia ostentada por la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores. Ello no es óbice para que en la norma que se pretende aprobar se adopten las cautelas que, en aras del superior interés del adoptando, se estimen necesarias cuando el adoptante sea extranjero, tal como hace el Decreto 137/2007, de 24 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Canarias, que en el apartado 3 del artículo 17 afirma que *“cuando uno o ambos solicitantes sean nacionales de otros países deberán aportar, además de los documentos señalados en los apartados anteriores, debidamente traducidos y legalizados, certificado expedido por la Embajada o Consulado de su País en España u otro organismo competente que acredite que la adopción constituida con arreglo a la legislación española será reconocida con los mismos efectos previstos en ésta por la del País de que sean nacionales los solicitantes”*.

– Artículo 11. Forma y documentación preceptiva.

a) Como quiera que el artículo tiene un único apartado debe suprimirse su numeración.

b) La habilitación que se contiene a favor del Consejero competente en materia de protección de menores, para aprobar, mediante Orden, el modelo normalizado de solicitud de declaración de idoneidad, ha de ser analizada a luz del régimen jurídico aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con la posibilidad del ejercicio de potestad reglamentaria por los Consejeros (Ley 6/2004). Según este régimen (que ha sido profusamente estudiado en diversos Dictámenes de este Consejo), el alcance de esta potestad se limitaría a la esfera organizativa interna, a las relaciones de sujeción especial y a aquellos supuestos en los que expresamente se les atribuyera mediante una norma de rango legal. Pues bien, la posibilidad que aquí se contempla cabe entenderla como un aspecto puramente organizativo, ya que el modelo de solicitud tiene una naturaleza eminentemente instrumental respecto de la iniciación del procedimiento de declaración de idoneidad, cuyo régimen jurídico viene establecido en el Proyecto de Decreto, sin que

quepa la posibilidad de que se vea alterado por la regulación que se deja en manos del Consejero. En este mismo sentido se pronunció este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 77/2005, evacuado en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia.

– Artículo 14. Ordenación.

El precepto ganaría en precisión si al concretar los supuestos de preferencia en la tramitación lo hiciese de la siguiente o similar forma: “...*No obstante, se dará carácter preferente a la tramitación de las solicitudes de declaración de idoneidad que hagan constar la disposición a acoger o a adoptar a menores que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:...*”

– Artículo 16. Trámite de audiencia.

El análisis de este precepto suscita una consideración de índole gramatical que se concreta en la expresión que se contiene en el tercer renglón: “...*a fin de, que...*”, en la que la coma se ha de situar tras la palabra “que”, de forma que dicha expresión quede del siguiente modo: “...*a fin de que,...*”.

– Artículo 17. Acuerdo.

En el apartado segundo debe sustituirse la referencia al “Registro de Adoptantes” por la denominación a que tal Registro da el artículo 32.3 LI, es decir, “Registro General de Adopciones y Acogimientos Preadoptivos”.

– Artículo 18. Plazo para resolver y efectos del silencio.

En el apartado primero se establece la posibilidad de excluir del cómputo del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución del procedimiento de declaración de idoneidad, el “*periodo de tiempo en el que el expediente se encuentre incompleto por causas imputables al solicitante*”. Este supuesto de suspensión debe eliminarse puesto que se encuentra subsumido en el apartado a) del artículo 42.5 LPAC, a cuyo contenido se remite el precepto que ahora nos ocupa.

– Artículo 19. Actualización del expediente.

a) La referencia a la “resolución de idoneidad” contenida en el apartado primero debería ser sustituida por la más adecuada de “declaración de idoneidad”.

b) Como ya indicábamos con ocasión del comentario al Título del Proyecto, el artículo 21 del texto objeto de nuestro examen, configura el acogimiento preadoptivo con carácter potestativo: “*Como paso previo a la formulación de la propuesta de adopción se podrá constituir el acogimiento familiar del menor...*”. Cabe, por lo tanto, la posibilidad de que se lleve a cabo una adopción no precedida de acogimiento familiar preadoptivo, por ello resulta necesario que en el apartado 1 del presente precepto se incluya una referencia a la adopción en los siguientes términos: “...*sin haberse hecho efectivo el acogimiento previo a la adopción o la adopción...*”.

c) El juego combinado de los apartados segundo y tercero de este artículo permite que, antes de que finalice la vigencia de la declaración de idoneidad, la Comisión Regional del Protección del Menor pueda acordar su extinción, lo que exige, con carácter previo, dar audiencia a los interesados. Por ello, se propone que el apartado tercero se redacte del siguiente modo: “*Si como consecuencia de la actualización, se constatase que los interesados han*

dejado de reunir los requisitos que determinaron el reconocimiento de su idoneidad, el Servicio del Menor; previa audiencia a los interesados, elevará a la Comisión Regional de Protección del Menor propuesta de resolución motivada de extinción de la idoneidad”.

– Artículo 21. Acogimiento familiar preadoptivo.

La redacción de este precepto ha de adecuarse al artículo 173.bis.3º del Código Civil, cuyo contenido ha de prevalecer sobre lo que, respecto del acogimiento preadoptivo, establece la LI.

Así, en el apartado primero del artículo que se analiza, se contempla la posibilidad de acordar un acogimiento familiar preadoptivo, previo a la formalización de la propuesta de adopción. Tal previsión es incompleta respecto de lo establecido en el artículo 173.bis del Código Civil, puesto que omite la correspondiente referencia a la modalidad de acogimiento preadoptivo contemplada en el primer párrafo del referido artículo y apartado, atinente al acogimiento familiar preadoptivo simultáneo a la elevación de la propuesta de adopción ante el Juez.

Además, según este mismo precepto del Código Civil, la constitución del acogimiento familiar preadoptivo requiere que el menor se encuentre en situación jurídica adecuada para su adopción, es decir, que la promoción de este tipo de acogimiento sólo se dará cuando se prevea la imposibilidad de reinserción del menor en su familia biológica, y se considere necesario, en atención a su situación y circunstancias personales, la plena integración en otra familia, mediante la creación de vínculos de filiación. Por lo tanto, o bien se elimina la regulación acogida por el apartado segundo de este artículo 21, o bien se hace una referencia al hecho de que para poder promover un acogimiento preadoptivo de un menor es necesario que éste se encuentre en situación de adoptabilidad.

– Artículo 22. Contenido del acogimiento familiar preadoptivo.

El apartado segundo debería prescindir de expresiones poco apropiadas para un Decreto, tal como “*citada*” en relación con la LI.

– Artículo 23. Selección de los acogedores preadoptivos.

a) En el primer apartado se debe sustituir la expresión “Registro de Adoptantes” por el adjetivo “dicho”, de forma que la redacción de la parte final de este precepto quede del siguiente modo: “...*teniendo en cuenta el orden de inscripción en dicho Registro...*”.

b) En el segundo apartado se establece la exclusión como acogedores de aquellos que hayan tenido un hijo biológico, que hayan iniciado un acogimiento previo a la adopción o una adopción internacional, durante el año siguiente al inicio de dichas situaciones. Esta exclusión carece de una habilitación legal suficiente que ampare la restricción de derechos que impone, y dado que en el apartado tercero se prevén excepciones a esta regla prohibitiva, el precepto que nos ocupa debería redactarse en términos tales que dichas circunstancias puedan considerarse, no como una causa excluyente, sino como un criterio de idoneidad que se tendrá en cuenta a la hora de seleccionar acogedores, y que encontraría justificación en el hecho de que quede asegurada una disponibilidad en los acogedores para atender debidamente al menor acogido.

– Artículo 24. Criterios de selección.

En el apartado tercero de este artículo se establece que “*la diferencia de edad entre los acogedores y el o los menores no será superior a los 42 años. Excepcionalmente podrá*

flexibilizarse esta circunstancia ante una disponibilidad especial respecto de grupos de hermanos o menores con características especiales. En caso de matrimonio o pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, la diferencia de edad se calculará considerando la media aritmética de las edades de ambas personas”.

Las exigencias relativas a la edad para la adopción se establecen en el artículo 175.1 del Código Civil en el que se afirma que *“la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”.*

El análisis comparativo de ambos preceptos nos permite afirmar que se está introduciendo, vía reglamento autonómico, un requisito sustantivo limitador de la capacidad para adoptar que excede lo previsto en el Código Civil y, por tanto, va más allá de las competencias autonómicas en la materia. En consecuencia, debe modificarse la redacción del precepto de forma que dicha diferencia de edad se considere un factor más a considerar, pero sin el carácter excluyente que ahora mismo tiene.

– Artículo 27. Finalización.

a) La formalización del acogimiento debe contener, al menos, los extremos a los que se refiere el artículo 173.2 del Código Civil, circunstancia que debe hacerse constar en el apartado primero del precepto que se comenta. Asimismo, por imperativo del mismo precepto del Código Civil, el documento en el que se formalice el acogimiento ha de remitirse al Ministerio Fiscal.

b) Tal como indica en su informe la Dirección de los Servicios Jurídicos, resultaría conveniente que en este mismo apartado, al referirse a la remisión de la propuesta de acogimiento al órgano judicial competente, se citase el artículo 173.3 del Código Civil, precepto en el que se establece y regula la constitución judicial del acogimiento cuando los padres (conocidos y no privados de la patria potestad) o el tutor no consientan o se opongan a la constitución del acogimiento consentida por la entidad pública.

– Artículo 30. Propuesta de la Comisión Regional de Protección del Menor.

En el borrador del Proyecto que se sometió a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el presente artículo (que en aquel momento tenía el número 28) presentaba, en sus dos primeros párrafos, la siguiente redacción:

“1. La unidad administrativa competente en la materia elevará un informe a la Comisión Regional de Protección del Menor, en el que se evalúen los resultados del acogimiento, oído el menor cuando sea mayor de doce años, y se ponga de manifiesto el grado de incorporación de éste al núcleo familiar acogedor y la conveniencia o no de la adopción.

2. La Comisión Regional de Protección del Menor valorará el informe referido en el párrafo anterior y acordará lo que estime conveniente, en función de los intereses del menor”.

A esta redacción objetó, acertadamente, el informe de dicha Dirección, que sólo atendía a las situaciones que se derivaban de un acogimiento preadoptivo previo a la elaboración de la propuesta de adopción, cuando, según el Código Civil (art. 173.bis.3º *in fine*) y el propio Proyecto (art. 21.1), dicho acogimiento tiene un carácter potestativo. Para soslayar este reparo la Consejería consultante reelaboró el primer apartado con el siguiente resultado:

“1. La unidad administrativa competente en la materia elevará un informe a la Comisión Regional de Protección del Menor, en el que, en su caso, se evalúen los resultados del acogimiento, oído el menor cuando sea mayor de doce años, y se ponga de manifiesto el grado de incorporación de éste al núcleo familiar acogedor y la conveniencia o no de la adopción”. El segundo apartado conserva la redacción originaria.

Pues bien, a pesar de la manifestada intención del autor de la norma de que esta nueva redacción diera cobertura a “otras posibilidades”, sigue sin distinguirse con claridad el procedimiento que se ha de seguir en cada supuesto. Para conseguirlo sería conveniente regularlo en preceptos distintos o, al menos, en apartados bien diferenciados dentro del mismo artículo.

– Artículo 35. Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.

Las entidades colaboradoras de adopción internacional (ECAI) están contempladas en el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996. El expresado precepto regula la adopción internacional, determinando, en su apartado primero, las funciones que corresponden a las entidades públicas en esa materia, entre las que figura la de acreditación, control, inspección y elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial. Con amparo en esta habilitación se promulgó el Decreto 46/2006, de 28 de abril, por el que se regula la Acreditación y Funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional y las Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar.

Atendiendo a estas circunstancias debe modificarse la redacción del presente artículo 35, ya que de conservar la que actualmente tiene parecería que la habilitación de la que disfruta la entidad pública (en este caso, el Departamento de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia competente en materia de menores) de acreditar a las ECAI para el ejercicio de funciones de mediación, así como para supervisar su actuación, le vendría dada por la norma que ahora se pretende aprobar, lo que, además de no adecuarse a la realidad, también resultaría ilegal por exceder del ámbito competencial autonómico.

– Artículo 38. Registro General de Adopciones y Acogimientos Preadoptivos.

Sólo se prevé la inscripción en este registro para las adopciones nacionales. Sería conveniente que se incluyese una Sección destinada a la inscripción de las personas declaradas idóneas para adoptar y que hubieran presentado la solicitud de adopción internacional.

Por otro lado, el precepto quedaría redactado más correctamente si en el tercer renglón del apartado 1 se sustituye la expresión “inscriben” (presente de indicativo), por “inscriban” (presente de subjuntivo).

B) Parte final.

– Disposición adicional única. Desarrollo Reglamentario.

a) La palabra “Adicional” debe ir en minúscula.

b) Las habilitaciones de desarrollo reglamentario que se efectúan a favor del titular de la Consejería competente en materia de protección de menores, deben ponerse en relación con el contenido de las observaciones que se efectúan en el presente Dictamen respecto de los artículos 6 y 11 del Proyecto.

– Disposición transitoria única. Régimen de aplicación.

a) La aplicación de lo dispuesto en el texto en proyecto a las solicitudes de adopción sobre cuya valoración de idoneidad no se haya resuelto a la entrada en vigor de la norma resulta una opción acertada, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico.

No puede afirmarse lo mismo respecto de las resoluciones de idoneidad concedidas antes de dicha entrada en vigor, es decir, al amparo del Decreto 81/1994, cuyo artículo 18 les reconoce una vigencia de cinco años. Proceder a una nueva valoración de idoneidad de las solicitudes ya inscritas podría suscitar problemas tanto de índole jurídico (revisión de una situación ya reconocida con arreglo a unos nuevos parámetros que pueden ser, en algunos casos, más perjudiciales), como de orden práctico, por la acumulación de trabajo que recaería sobre los técnicos encargados de informar en los procedimientos de declaración de idoneidad.

b) Reiteramos aquí la necesidad de adecuar la referencia al “Registro de Adoptantes” por la denominación que a tal Registro da el artículo 32.3 LI, es decir, “Registro General de Adopciones y Acogimientos Preadoptivos”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- El procedimiento de elaboración de la norma se ha atendido a las reglas legalmente previstas, sin perjuicio de que se atiendan las observaciones contenidas en el apartado I de la Consideración Tercera.

TERCERA.- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico; no obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

– Las que se efectúan en relación con la habilitación reglamentaria a favor del Consejero contenida en el artículo 6 y en la Disposición adicional única.

– La que se indica sobre el contenido del artículo 10.2, en la medida que viene a establecer un verdadero requisito de capacidad para la adopción que excede del ámbito sustantivo de competencia ostentado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de protección de menores.

– La relativa a la necesidad de conceder trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento de actualización de la declaración de idoneidad (art. 19.3).

– La que se recoge sobre la necesidad de que el artículo 23 se redacte en términos tales que las circunstancias que en él se establecen puedan considerarse, no como causa excluyente, sino como un criterio de idoneidad a tener en cuenta a la hora de seleccionar acogedores o adoptantes.

– La que se indica respecto de la improcedencia de establecer una consideración automática de “no idoneidad” respecto del solicitante que supere la diferencia máxima de edad que se contempla en el artículo 24.3.

CUARTA.- Las restantes observaciones debieran ser tenidas en cuenta a efectos de la corrección del texto y de su coherencia con el resto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 150/07.- Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2008.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 05/11/07

Extracto de Doctrina

Los tributos medioambientales son medidas correctoras de la contaminación que llevan a la práctica el principio de “quien contamina paga” y, desde el punto de vista del funcionamiento de los mercados, son propugnados ampliamente por la doctrina económica porque, además de que contribuyen a minimizar costes sociales cuya externalidad viene provocada por las actividades contaminantes, son un incentivo a la innovación tecnológica que permita reducir la carga contaminante vertida en la naturaleza y, finalmente, generan ingresos que pueden revertir en la protección del medio ambiente. Se fundamentan en que la protección del medio natural constituye un fin con relevancia constitucional (art. 45 CE) que justifica la intervención del sistema tributario, aunque el hecho imponible de estos tributos no manifiesta capacidad económica gravable.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Dirección General de Tributos elaboró el primer borrador del Anteproyecto de Ley denominado de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios (año 2008), texto al que acompañó con una memoria técnica justificativa en la que expone las modificaciones normativas propuestas, con una memoria económica que cuantifica el impacto presupuestario de las medidas que se proyectan, y con un informe del Servicio Jurídico Tributario, que incluye consideraciones sobre la ausencia de impacto por razón de género.

El Anteproyecto fue informado favorablemente por el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y por el Secretario General de igual Consejería (25 de julio de 2007), en funciones de Vicesecretario a los efectos del artículo 46.4 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno (en adelante 6/2004).

SEGUNDO.- A propuesta de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, el Consejo de Gobierno acordó, el 3 de agosto de 2007, que emitiesen informe el Consejo Económico y Social (CES) y el Consejo Jurídico, además de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria (art. 64.3 b) de la Ley 21/2001, de 27 de octubre), informe éste que fue requerido en la misma fecha.

TERCERO.- El CES, en Dictamen nº 14/2007, de 2 de octubre, al que consta unido un voto particular, expuso su parecer en las siguientes y sintetizadas conclusiones:

1) Valora positivamente que el Anteproyecto limite su contenido, al igual que ha sucedido las últimas anualidades, a la regulación de materias de naturaleza exclusivamente tributaria, ámbito al que estrictamente deben limitarse estas disposiciones legislativas. Pero reitera que en su proceso de elaboración sigue faltando la participación de las asociaciones representativas de los sectores afectados por la disposición. Y la Memoria Económica incluida

en la documentación, que junto a la Técnica ofrecen una detallada descripción justificativa de las propuestas, es notablemente mejorable en lo que concierne a la cuantificación de los beneficios fiscales, información ésta que sería relevante para valorar la eficiencia de estas medidas y sobre todo de las que ya están implantadas desde hace varias anualidades.

2) Valora positivamente, aunque con matizaciones, las regulaciones del Anteproyecto relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD).

3) Considera adecuada la modificación del texto refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, cuyos cambios están justificados.

El voto particular de los representantes de las organizaciones sindicales discrepa del dictamen mayoritario en cuanto a las modificaciones que introduce el Anteproyecto en la regulación de los beneficios en el ISD, por considerar que se deteriora el carácter solidario y progresivo que ha de tener ese impuesto.

CUARTO.- La Dirección General de Tributos emitió un informe sobre las observaciones del CES manifestando aceptar la sugerencia relativa a la inclusión en el Anteproyecto de una reducción autonómica en el ISD, a incluir como apartado 4 del artículo 3.

QUINTO.- Redactado el texto definitivo del Anteproyecto con tales sugerencias fue remitido a este Consejo con su expediente, y recabado el Dictamen, el 9 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración y contenido.

I. Según el artículo 2.2, inciso final, de la Ley 23/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia remitirá a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de normas elaborados como consecuencia de las facultades normativas ejercitadas dentro del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas, antes de la aprobación de las mismas, remisión que no consta haberse realizado. No obstante, constan los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004 para el ejercicio de la iniciativa legislativa, aunque, según el artículo 46, apartado 4, de la misma, la facultad de elevar el Anteproyecto a la consideración del Consejo de Gobierno para que decida sobre ulteriores trámites corresponde a la Comisión de Secretarios Generales, cuya intervención se ha preterido.

También desde el punto de vista procedimental se aprecia que el informe que corresponde emitir al Vicesecretario, según el apartado 4 de ese mismo precepto legal, es suscrito por

el Secretario General, dada la vacante de aquél, actuación que no es fácilmente encajable en el sentido y finalidad que tiene ese informe (Dictamen 185/2005) dando lugar a una alteración del ejercicio de la competencia que mejor podría resolverse, para este caso, mediante el encargo de la suplencia en el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General (artículo 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

II. El Anteproyecto se compone de 2 Títulos, 4 Disposiciones Adicionales, 1 transitoria y 1 final. El Título I, dedicado a los Tributos Cedidos, está integrado por normas referentes a deducciones autonómicas en el IRPF (art.1), deducción autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art.2), reducciones autonómicas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para transmisiones intervivos (art. 3), tipos de gravamen en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art.4) y normas de gestión (art.5). El Título II, relativo a los Tributos propios, se compone de un Capítulo I, Impuestos medioambientales, compuesto de un solo precepto, el artículo 6, relativo al Impuesto por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera; y un Capítulo II, relativo al canon de saneamiento, con un artículo, el 7, de modificación de tarifas; también dentro del Título II aparece un Capítulo III, de tasas regionales, que introduce hasta 15 modificaciones al Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio. La Disposición Adicional primera establece la no exacción del impuesto sobre el vertido a las aguas litorales a determinadas plantas desaladoras; la Disposición Adicional segunda se refiere a las cuotas diferenciales negativas del impuesto por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera; la Disposición adicional tercera se refiere a la Tasa 510 del BORM; la Disposición Adicional cuarta añade un número 8 a la Disposición adicional sexta del Decreto Legislativo 1/2000, de 15 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación de Cuerpos y Escalas; la Disposición Transitoria se refiere a las deducciones autonómicas en el IRPF, y la Final se refiere a la entrada en vigor, que será el 1 de enero de 2008.

III. El uso de las denominadas leyes de “acompañamiento” ha experimentado en los últimos años un decrecimiento constante atendiendo a la idea de que su expansión se había convertido en una agresión al principio de seguridad jurídica. Ello se ha traducido en que su ámbito objetivo ha ido constriñéndose a las determinaciones necesarias para el correcto y eficaz cumplimiento de la ley principal, de Presupuestos, a la que, esta vez con pleno sentido, “acompañaría” (Dictamen 72/99). La doctrina del Tribunal Supremo, recogiendo la del TC, también ha manifestado que estas leyes deben limitarse, por su finalidad, a un objeto específico, consistente en aquellas disposiciones que sean necesarias para complementar la Ley de Presupuestos y que, por consiguiente, guarden una relación al menos indirecta con la previsión de ingresos y gastos que constituye el objeto específico de ésta. De no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica.

El contenido que se propone para el Anteproyecto sometido a consulta resulta acorde con las determinaciones expuestas.

TERCERA.- Sobre la cobertura competencial y la normativa proyectada.

I. El artículo 43.1,b) del Estatuto de Autonomía (EARMU) establece que corresponde a la Comunidad Autónoma, por delegación del Estado, la administración de los tributos cedidos por éste, en la forma y límite que señale el acto de cesión. En concordancia con ello, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, introdujo las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en régimen común, es-

tableciendo el alcance y condiciones de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas que cumplan las condiciones de dicho nuevo sistema de financiación (Disposición Final segunda y Derogatoria única).

Esta definición del marco rector de las competencias normativas de la Comunidad Autónoma constituye el parámetro esencial desde el que analizar el texto sometido a consulta, pudiendo determinarse ya que el conjunto de las normas tributarias proyectadas responde a dichas competencias.

II. En cuanto a los tributos propios y, en concreto, sobre la no exacción a las desaladoras durante el año 2008 del Impuesto sobre Vertidos a las Aguas Litorales (Disposición adicional primera del Anteproyecto), es necesario realizar algunas consideraciones, dada la naturaleza no exactamente recaudatoria de esta figura impositiva. En efecto, los tributos medioambientales son medidas correctoras de la contaminación que llevan a la práctica el principio de “quien contamina paga” y, desde el punto de vista del funcionamiento de los mercados, son propugnados ampliamente por la doctrina económica porque, además de que contribuyen a minimizar costes sociales cuya externalidad viene provocada por las actividades contaminantes, son un incentivo a la innovación tecnológica que permita reducir la carga contaminante vertida en la naturaleza y, finalmente, generan ingresos que pueden revertir en la protección del medio ambiente. Se fundamentan en que la protección del medio natural constituye un fin con relevancia constitucional (art. 45 CE) que justifica la intervención del sistema tributario, aunque el hecho imponible de estos tributos no manifiesta capacidad económica gravable. Así, dice el artículo 29 de la Ley 9/2005, de 29 de diciembre, de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2006, que el fin del impuesto es “promover la calidad ambiental de las aguas del litoral de la Región de Murcia”, destinándose su recaudación, entre otras actividades, a las actuaciones de vigilancia del cumplimiento de los niveles de emisión autorizados (art. 6 de la citada Ley 9/2005). En contraste con ello, según consta en el expediente, la exención general para las desaladoras (“no exacción” en la terminología del Anteproyecto) recogida en la Disposición Adicional primera y objeto de estas consideraciones, se justifica por la conveniencia de no encarecer el coste del agua.

Constituye una anomalía que las instituciones públicas hagan uso de sus más relevantes potestades para, inmediatamente, dejarlas sin efecto, permitiendo dudar, por ello, de la necesidad de un tributo cuya aplicación a las desaladoras se elimina prácticamente desde su creación y durante tres años consecutivos (ya se dejó de aplicar el impuesto mediante la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 9/2005 y la Adicional primera de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre).

Igual consideración cabe respecto a la Disposición adicional tercera sobre la exención de la Tasa por suscripción telemática al BORM.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- La Comunidad Autónoma tiene competencia para aprobar un Anteproyecto como el presente, si bien deben valorarse las observaciones expuestas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 151/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. F. R. S., en nombre y representación de su hijo menor de edad A. R. R., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 05/11/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina a la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 152/07.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. I. I., S.L., por la construcción de 12 unidades de educación primaria y dependencias anejas del Colegio Público Jesús García, de Lorquí.

Consultante: Alcaldesa del Ayuntamiento de Lorquí

Fecha: 05/11/07

Extracto de Doctrina

A la vista de la documentación remitida por el Ayuntamiento, se advierte que, tras el otorgamiento a la contratista del trámite de audiencia para formular alegaciones y tomar vista del expediente, el Ayuntamiento ha realizado nuevos actos de instrucción, algunos de ellos incluso con posterioridad a la formulación de la propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen, como se reseña en el Antecedente Decimotercero del mismo. Ello obliga a la Administración municipal, en aplicación de lo establecido en el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), aplicable supletoriamente en materia de contratos ex Disposición Adicional Séptima TRLCAP, a otorgar un nuevo trámite de audiencia a los interesados, contratista y avalista,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Acuerdo de fecha 30 de julio de 2007 y previo informe de la Secretaria municipal, el Pleno del Ayuntamiento acordó iniciar procedimiento para declarar la resolución del contrato de referencia, por haber incurrido el contratista en incumplimiento culpable de sus obligaciones, con propuesta de incautación de la garantía prestada por aquél, otorgándole a éste y a su avalista un plazo de diez días para formular alegaciones y tomar vista del expediente.

SEGUNDO.- El 2 de agosto de 2007, la contratista presenta un escrito en el que, adjuntando un informe geotécnico elaborado a su instancia por un laboratorio homologado, sobre

el terreno en el que habría de ubicarse la estructura de los edificios, expresa la necesidad de modificar el proyecto de las obras, por adolecer de determinadas deficiencias técnicas.

TERCERO.- A la vista del citado informe geotécnico y las alegaciones del contratista, el Director de la obra emite informe el 9 de agosto de 2007, en el que, entre otras consideraciones, realiza varias de carácter técnico dirigidas a rebatir la fiabilidad del estudio y las alegaciones aportadas por la contratista.

CUARTO.- El 10 de agosto de 2007, la contratista presenta un escrito en el que, frente a lo expresado en el Acuerdo plenario de iniciación del procedimiento de resolución contractual, manifiesta que había comunicado en numerosas ocasiones los problemas técnicos del proyecto. Asimismo, frente a un informe de 26 de julio de 2007, emitido por el Director de obra previamente a la incoación del procedimiento, realiza diversas alegaciones. De estas se desprende que la empresa no conocía la existencia del informe del Director de la obra de fecha 9 de agosto de 2007, reseñado en el Antecedente Tercero.

QUINTO.- Solicitado por el Ayuntamiento a este Consejo Jurídico el 30 de agosto de 2007 la emisión de su preceptivo Dictamen, mediante Acuerdo 16/2007, de 12 de septiembre, este órgano consultivo requirió al Ayuntamiento para que completase el expediente remitido con determinados documentos del expediente de contratación, la preceptiva propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen y el índice y extracto reglamentarios del expediente remitido.

SEXTO.- Mediante escrito registrado el 11 de octubre de 2007, el Ayuntamiento remite la documentación interesada, incluyendo además, en el nuevo expediente, los siguientes documentos:

– Escrito presentado el 13 de septiembre de 2007 por la contratista reiterando lo solicitado en su escrito del 10 de agosto anterior.

– Informe de 18 de septiembre de 2007 del Director de las obras, emitido a la vista del escrito de la contratista de 10 de agosto anterior, en el que aquél viene a reiterar lo expresado en sus informes precedentes.

– Propuesta de resolución, de 18 de septiembre de 2007, formulada por la Alcaldesa, a elevar al Pleno, para declarar resuelto el contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva prestada por éste (f. 467 y 468 del expediente).

En dicha propuesta, entre otras consideraciones, se expresa lo siguiente:

“Con fecha 13 de septiembre de 2007, la mercantil C. I. L., S.L., presenta nuevo escrito en el que se opondrá de nuevo al inicio del expediente de resolución del contrato, solicitando una reunión con esta Corporación para dilucidar los problemas técnicos alegados.

Sin embargo, ya se han mantenido diversas reuniones con la citada mercantil en las que sólo se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de ejecutar las obras con arreglo al proyecto por el precio ofertado en su día, ya que ello les ocasionaría grandes pérdidas, justificando que la oferta realizada en la licitación, según palabras textuales del Gerente de la empresa, se formuló por la relación de confianza existente con el equipo de Gobierno anterior, y con la intención de llevar a cabo, una vez iniciadas las obras, una modificación del contrato, modificación que por parte, tanto del Director de Obra como de los Técnicos municipales, se considera no procedente e injustificada.

De hecho, en las reuniones mantenidas la mercantil aportó un estudio de los costes que le supondría la ejecución de la obra con arreglo al proyecto, costes que no coinciden con los del estudio económico aportado en su día en la oferta, y cuya contradicción fue puesta de manifiesto en el Informe de fecha 30 de julio de 2007 realizado por el Ingeniero de caminos, canales y puertos, D. E. L. M., quien en la licitación informó favorablemente la justificación de la baja temeraria realizada por la citada empresa.

Visto que del acuerdo plenario de inicio del expediente de resolución se dio traslado al Avalista de la garantía definitiva presentada, mediante fax, al ser el medio de notificación indicado por éste, y quedando acreditada la práctica de dicha notificación mediante conversaciones telefónicas mantenidas con la Secretaría de este Ayuntamiento, en las que se puso de manifiesto su intención de no formular alegaciones”.

– Certificación de la Secretaria del Ayuntamiento, expedida el 20 de septiembre de 2007, en la que se hace constar que el documento que adjunta a la misma constituye el estudio de costes presentado por la contratista en las reuniones posteriores a la adjudicación del contrato (f. 285 y siguientes del expediente).

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de resolución de un contrato administrativo habiéndose formulado oposición por el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en los artículos 59.3, a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. A la vista de la documentación remitida por el Ayuntamiento, se advierte que, tras el otorgamiento a la contratista del trámite de audiencia para formular alegaciones y tomar vista del expediente, el Ayuntamiento ha realizado nuevos actos de instrucción, algunos de ellos incluso con posterioridad a la formulación de la propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen, como se reseña en el Antecedente Decimotercero del mismo. Ello obliga a la Administración municipal, en aplicación de lo establecido en el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), aplicable supletoriamente en materia de contratos ex Disposición Adicional Séptima TRLCAP, a otorgar un nuevo trámite de audiencia a los interesados, contratista y avalista, para evitar la indefensión que se produciría de adoptarse la resolución del procedimiento con base en diversos informes técnicos emitidos por el Director de las obras contratado por el Ayuntamiento (singulamente, el informe de 9 de agosto de 2007), y en una certificación municipal, que los interesados no tuvieron a la vista cuando se cumplimentó el trámite de audiencia otorgado en su día.

II. Por otra parte, también debe añadirse, en contra de lo que considera la propuesta de resolución en el párrafo que de ella se ha transcrito anteriormente, referente al adecuado emplazamiento del avalista en el procedimiento, que éste no fue efectuado correctamente.

El artículo 27.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (aplicable al presente procedimiento conforme se desprende, “a sensu contrario”, de su Disposición Transitoria Única) establece que “*las Administraciones Públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente. La solicitud y el consentimiento podrán, en todo caso, emitirse y recabarse por medios electrónicos*”, añadiendo el número 3 de dicho artículo que “*las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas*”. De ello se desprende que la constancia en el expediente del consentimiento del avalista a ser notificado del trámite de audiencia por medio de fax, no puede provenir de la simple manifestación de la Secretaria municipal en el sentido de que tal consentimiento fue prestado en conversación telefónica, como aduce la citada propuesta, pues el medio telefónico no garantiza la constancia de la transmisión y recepción de dicho consentimiento (salvo grabación autorizada de la conversación, se entiende). No obstante lo anterior, la reseñada irregularidad quedará subsanada cuando se proceda a notificar en forma a la avalista el nuevo trámite de audiencia al que nos hemos referido en el epígrafe I anterior.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dejar sin efecto la propuesta de resolución objeto de Dictamen y otorgar un nuevo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, contratista y avalista, por las razones expresadas en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Por ello, la referida propuesta de resolución se informa en este momento desfavorablemente, sin perjuicio de lo que proceda dictaminar sobre el fondo de la misma cuando el expediente sea remitido nuevamente a estos efectos a este Consejo Jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 153/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. P. B. y D.^a B. D. M., en nombre y representación de su hija B. P. D., debida a accidente en Centro Ocupacional.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 12/11/07

Extracto de Doctrina

La vigilancia y diligencia en el cuidado de la usuaria debía ser de una muy especial intensidad, dada la singularidad de la patología de aquella y que no se tenía todavía una

evaluación completa de las deficiencias y limitaciones que pudieran generar riesgos para su salud en su estancia en el centro.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 1 de junio de 2006, D. J. P. B. y D. B. D. M., en representación de su hija B. P. D., solicitan de la Administración regional una indemnización de 13.108,76 euros como resarcimiento por las lesiones y otros daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente sufrido por ésta el 16 de noviembre de 2005, cuando se encontraba en el Centro Ocupacional (C.O.) de Canteras, dependiente del entonces Instituto de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (ISSORM).

En síntesis, exponen que su hija, de 22 años de edad y judicialmente declarada incapaz, padece una minusvalía del 99 %, por padecer el “*Síndrome de Rett*”, lo que le ocasiona una deficiencia severa, y que acudía diariamente al citado C.O., dadas las especiales atenciones que necesitaba. El 16 de noviembre de 2005, después de la comida, fue colocada en un sofá sin reposabrazos, del que cayó al suelo, siendo atendida por las auxiliares y la enfermera del centro, que fueron incapaces, tras examinarla, de detectar la fractura subcapital de fémur derecho que se le produjo con la caída, hasta que, por la tarde, advirtieron que no podía apoyar en el suelo su pierna derecha, avisando entonces a la familia, que la trasladó a un centro sanitario donde le diagnosticaron dicha fractura, siendo intervenida el día siguiente y dada de alta hospitalaria el 22 siguiente, con la previsión de que no podría apoyar la pierna derecha durante tres meses. Consideran que la minusvalía de su hija obligaba al centro a prestarle una atención y cuidado “*escrupuloso e inmediato*”, no habiéndolo hecho, pues consideran imprudente que se la hubiese dejado sentada sin vigilancia en un sofá que no permite apoyo alguno, lo que produjo su caída al suelo. Además, consideran que fue negligente el que, tras la caída, no se detectase de inmediato la gravedad del daño, teniendo en cuenta que por su minusvalía la chica es incapaz de manifestar dolor alguno.

Con apoyo en un informe médico de 21 de abril de 2006, cuantifican la indemnización reclamada de la siguiente manera:

- 90 días de baja impeditiva: 4.412’70 euros.
- Secuelas (coxalgia postraumática y material de síntesis), valoradas en 9 puntos: 6.996’06 euros.
- Adquisición silla de ruedas multiarticulada: 1.700 euros.

Con el escrito, adjuntan diversa documentación, en la que destacan el informe de alta hospitalaria, el citado informe médico, una factura de compra de la silla de ruedas, y una copia de la sentencia por la que se declara la incapacidad de su hija y la rehabilitación de la patria potestad a favor de los reclamantes.

SEGUNDO.- Mediante Orden de 12 de junio de 2006, la Consejera de Trabajo y Política Social admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designó instructor del procedimiento, siendo notificado a los reclamantes y a la compañía aseguradora del ISSORM.

TERCERO.- El 19 de junio de 2006 se solicitaron informes a la Dirección del C.O. de Canteras y al personal que atendió a la accidentada, emitiéndose los siguientes, remitidos al instructor mediante oficio de 4 de agosto de 2006:

– Informe de la Dirección del centro, del que se resalta lo siguiente:

“Se cita a la familia de B. el día 11-11-2005 para realizar entrevista previa al ingreso. Con antelación a esta fecha se estudia el expediente y se recaba más información sobre el síndrome que presenta B. (Síndrome de Rett). Actualmente no se ha investigado ni hay mucha documentación sobre dicho síndrome.

El día 11-11-2005 asiste a la entrevista D. B. D. (madre de B.) y una amiga de la familia. Recibimos a la familia el médico del centro, la coordinadora de enfermería, la trabajadora social, un técnico titulado del centro (en sustitución de la Pedagoga que había sido citada a una reunión de trabajo) y la que suscribe como directora del centro. Se hace una presentación de todos los profesionales que componen las áreas técnicas del centro y se ofrece información a la madre de B. sobre la organización del centro, composición y servicios que se prestan.

A su vez, la madre de B. aporta más documentación sobre el síndrome de su hija y comienza a dar una primera información y descripción sobre las características particulares de ella. De esta primera información se extrae que B. es una chica muy buena y tranquila, tiene problemas de deambulación aunque camina con ayuda y no posee lenguaje. Debe llevar un corsé por el problema de escoliosis que presenta, le han hecho uno nuevo por que el que tenía le quedaba pequeño. El corsé impide una sedestación natural, pero no se indica que necesite ninguna protección especial ni ningún tipo de adaptación por este motivo. B. posee un alto umbral del dolor; característica ésta típica de las personas con Síndrome de Rett, no obstante, la madre informa que sufre crisis de llanto motivadas por fuertes dolores abdominales.

A continuación es entrevistada individualmente por cada uno de los responsables de las distintas áreas, ampliando la primera información.

De forma posterior a la entrevista y siguiendo el protocolo dispuesto en los programas técnicos, se reúnen los responsables de cada una de las áreas técnicas del centro y, a la vista de la información, se determina el módulo y grupo en el que B. será atendida, así como el calendario de adaptación al centro. Por las características de B. se determina que sea atendida en el módulo A (usuarios con graves problemas motóricos), puesto que aunque puede deambular con ayuda, determinamos que por su fragilidad y el tipo de tratamientos que precisa se va a encontrar más protegida y atendida en ese grupo. En esa fecha en el módulo A son atendidos 19 usuarios internos y 7 usuarios medio pensionistas por un educador y 6 auxiliares en cada uno de los turnos de mañana y tarde. Dentro de dicho módulo B. es adscrita al Grupo IV, en el que se atiende cuatro usuarios internos y a B. (usuaria medio pensionista) por el educador C del módulo (por ser el grupo de mayor autonomía) y un auxiliar de apoyo.

(...)

El día 16-11-2005 se produce el incidente a las 14'45 h. aproximadamente. B. se encontraba sentada en el sofá de su sala de estar. Había comido y se le había realizado el aseo (higiene bucal, lavado de cara y manos y cambio de pañal). En ese momento la educadora de su módulo se encontraba haciendo el registro del turno de mañana. En la sala de estar

se encontraban dos auxiliares de su módulo haciendo el cambio de pañal a los usuarios que estaban tumbados en las colchonetas, es el momento de la siesta y a los que no tienen movilidad y no duermen en la cama se les pone en esta posición para que descansen. Hay en la sala en ese momento unos doce usuarios. El resto de auxiliares están en los dormitorios acostando a los que duermen la siesta en su cama, justo enfrente de la sala, y terminando el aseo del resto. En el momento del incidente, las dos auxiliares que hay en la sala están quitándose los guantes de latex que utilizan y limpiándose las manos. Una de ellas está situada delante de B., pero de espaldas a ella y la otra auxiliar delante pero no puede ver a B. porque su compañera la tapa. El profesional que describe el incidente explica que nota el golpe de la cara de B. sobre sus piernas. En el sofá en el que se encuentra sentada hay al otro extremo otro usuario y entre ambos un hueco, por lo que no puede haber sido empujada por él. Tras levantarla del suelo las dos auxiliares que están con ella, explican que la trasladan a unos 4 m. del lugar de donde estaba a un sillón individual con brazos que está al otro lado de la sala. Las auxiliares que la atienden indican que la han trasladado entre las dos, cogida del brazo, pero que B. camina por sí sola.

A partir de ese momento se avisa a enfermería, que realiza las actuaciones que se indican en los informes emitidos por cada una de las enfermeras que exploran a B. (se adjuntan informes individuales).

Desde la hora de la caída 14'45, aproximadamente, hasta las 16'30 h. B. permanece sentada en el mismo sillón sin moverse. Las actividades del módulo en ese horario son: hasta las 15'30 h. descanso, y desde las 15'30 h. hasta las 16'30 h. habilidades manipulativas básicas, paseos (deambulación asistida), relajación y música. B. el día del incidente estaba tranquila y adormecida, motivo por el cual no se la levanta para andar y se queda en la sala con el grupo de relajación (música e iluminación tenue).

(...)

Tras la merienda cuando levantan a B. por primera vez para llevarla al dormitorio en el que le cambian el pañal, notan que no puede caminar”.

– Informe de la pedagoga del centro, del que se resume lo siguiente:

“Ingresa el día 27 de Octubre (sic) en el Módulo A por decisión del Equipo Técnico del Centro, pues es el idóneo para ella, ya que está integrado por usuarios con importantes dificultades motrices que limitan su capacidad de movimiento y relación. En este Módulo están atendidos diecinueve usuarios internos y siete mediopensionistas por siete Auxiliares y una Educadora. B. estaba en pleno periodo de adaptación y observación, pues, aunque habíamos recabado toda la documentación e información necesaria sobre sus peculiaridades, también es importante saber cuáles son sus reacciones dentro del Centro. En los sólo doce días transcurridos pudimos observar rechazo a la comida, tranquilidad y, por la incapacidad de expresar sus sentimientos, no hemos llegado a saber si le complacían los juegos y actividades que con ella realizábamos dentro del tratamiento de Estimulación. Tal como he comentado, en los primeros días de asistencia al Centro se negó a comer a pesar de todos los intentos realizados y del seguimiento hecho directamente por la Educadora del Módulo, que se dedicaba a ella exclusivamente, tal como hacemos cada vez que tenemos a un usuario en periodo de adaptación.”

– Informe de las auxiliares que se encontraban presentes en el momento de producirse la caída, que expresan lo siguiente:

“El día 16 de noviembre tras la comida de los usuarios, las que suscriben (M. J. Z. N. y M. L. M. C.) nos encontrábamos en la sala de estar del módulo A, donde se atendía a B. P., realizando el aseo posterior a la comida. El resto de los compañeros se encontraban con otros usuarios del módulo en sus dormitorios, acostando a los que tienen prescrito dormir la siesta. Sobre la 14:50 horas y una vez terminado el aseo de los usuarios de la sala, ambas nos encontrábamos de pie, una junto a B. pero de espaldas a ella y otra enfrente. De repente y sin motivo aparente B. resbaló del sofá donde estaba sentada, golpeándose en la caída con la cara sobre la parte posterior de mis piernas (M. J. Z.), pues aunque estaba de espaldas a ella me encontraba justo a su lado. Entre mi compañera y yo la levantamos y la llevamos andando a un sillón que había enfrente de donde se produjo la caída. Inmediatamente le dijimos a otra compañera del módulo que avisara al área de Enfermería de la caída.

Cuando llegó la enfermera le explicamos la caída, aunque no pudimos darle detalles exactos puesto que una de nosotras estaba pegada a B. pero de espaldas a ella, con lo cual la otra no tenía visión.

Lo comunicamos a las compañeras que entraban de turno de tarde para que la observaran por si notaban algo extraño y terminamos nuestro turno de trabajo.”

– Informe de las enfermeras que examinaron a la accidentada. De ellos destaca el de la D.U.E. señora M. C., que la examinó tras la caída, que señala:

“...procedo a reconocer a B., que está tranquila, tiene buen color y no muestra ningún signo de dolor.

Le observo la zona donde según la información que he recibido se ha golpeado y no aprecio nada anormal, sólo una pequeña rojez en el labio.

A continuación la pongo de pie y tampoco detecto nada anormal”.

Por su parte, la D.U.E. señora P. R. informa lo siguiente:

“Sobre las 14:45 h, voy al Módulo a dar la medicación prescrita a las 16 h. para otros usuarios y con la intención de revisar a B.

La veo sentada en un sillón, en la zona de las ventanas, tranquila, dormida y sin ningún signo que indicara malestar o dolor.

Le observo la cara y los labios y aprecio simplemente una pequeña lesión que parece más bien producida por la sequedad de los labios.

Sobre las 16:45 me avisan del módulo para que vaya a ver a B., que no puede andar.

Está ya preparada para irse a casa.

Se le quita el pantalón, los zapatos y los calcetines y reviso las articulaciones en ambas piernas; no observo hematomas ni inflamaciones; tan sólo, al movilizarle la pierna derecha, observo que se queja discretamente haciendo una pequeña gesticulación.

Se mantiene en pie con ayuda pero presumo que hay dolor, por lo que aviso a la familia telefónicamente comunicándole la situación en la que está la niña.”

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2006, los reclamantes aportan diligencia de fecha 28 de septiembre de 2006 extendida por la Secretaria del

Juzgado de Instrucción N.º 2 de Cartagena, en la que se hace constar la ratificación de la renuncia de aquéllos a las acciones penales ejercidas en las Diligencias Previas X, seguidas por los referidos hechos, haciendo expresa reserva de las acciones civiles y administrativas que pudieran corresponderles.

QUINTO.- El 9 de octubre de 2006 se acuerda la apertura de un trámite de audiencia y vista del expediente, siendo notificado a los interesados, compareciendo el 23 siguiente uno de los reclamantes para tomar vista del expediente, según diligencia extendida al efecto, sin que conste la presentación de alegaciones.

SEXTO.- El 27 de noviembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que el daño se debió a una caída fortuita, sin que se pueda estimar que la Administración incumpliese su deber de vigilancia y cuidado de la accidentada, que fue adecuado en atención a las circunstancias, por lo que concluye, conforme con la doctrina consultiva y jurisprudencial que cita, en considerar que no existe el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

SÉPTIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 19 de diciembre de 2006, el Secretario General de la Consejería de Trabajo y Política Social, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, los padres de la accidentada, cuya patria potestad acreditan con copia de la sentencia judicial de rehabilitación de la misma, por incapacidad de su hija.

El centro en el que ocurrieron los hechos pertenece al ISSORM, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante, que ostenta la legitimación pasiva.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el procedimiento tramitado ha seguido, en lo sustancial, lo establecido al respecto en la misma y en el citado RRP.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

II. Aplicando lo anterior el caso que nos ocupa, se puede concluir que la Administración no desplegó una adecuada vigilancia y atención en el cuidado de la usuaria de que se trata, a la vista de lo expresado en los diferentes y minuciosos informes que se han emitido en relación con el asunto.

Así, se advierte que la usuaria padecía una minusvalía del 99%, debida a una rara enfermedad conocida como “*síndrome de Rett*”, que le impedía, entre otras cosas, tener una “*sedestación natural*”, según reconoce el informe de la Directora del centro reseñado en el Antecedente Tercero, encontrándose la chica en pleno período de adaptación y observación en el centro, según manifiesta la pedagoga del mismo en su respectivo informe, también reseñado en el citado Antecedente. En estas circunstancias, la vigilancia y diligencia en el cuidado de la usuaria debía ser de una muy especial intensidad, dada la singularidad de la patología de aquella y que no se tenía todavía una evaluación completa de las deficiencias y limitaciones que pudieran generar riesgos para su salud en su estancia en el centro. Por ello, en el día de los hechos, su colocación en un sofá sin brazos situó a la enferma en un riesgo de caída que, desgraciadamente, se materializó, procediendo después las auxiliares a llevar a la usuaria a un sillón individual con brazos, al otro lado de la estancia en la que se encontraba (según el citado informe de la directora del centro), proceder este último que da pie a considerar que no era idónea la primera ubicación de la accidentada, y ello a pesar de la cercanía en que se encontraba una de las auxiliares presentes en la sala en el momento de los hechos.

Por ello, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, debiendo indemnizar a los reclamantes, en nombre de su hija incapaz, conforme se establece en la siguiente Consideración.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

Conforme con la documentación obrante en el expediente remitido, se desprende que la accidentada, por la fractura subcapital del fémur derecho que se produjo en su caída, fue intervenida quirúrgicamente, quedándole unas secuelas (coxalgia postraumática, con colocación de material de síntesis) cuya valoración en nueve puntos, según el informe aportado por los reclamantes, resulta ajustada a los márgenes de puntuación establecidos para dichas secuelas en el baremo aplicable en materia de daños causados a las personas en accidentes de circulación, de referencia en estos supuestos.

Por lo que se refiere a los días de incapacidad, se acreditan 7 de estancia hospitalaria, según el oportuno parte clínico. Además, existe otro informe que señala que la accidentada estuvo, en total, tres meses sin poder apoyar en el suelo la pierna lesionada, por lo que resultan 83 días (90 días menos los 7 de estancia hospitalaria) en los que aquella estuvo

limitada por dicha situación, en la cual, según parece a la vista de la adquisición de una silla de ruedas para la misma (cuyo importe también se reclama), tenía que desplazarse necesariamente en tal silla. Teniendo en cuenta que la severa minusvalía de la chica le impedía realizar prácticamente cualquier tipo de ocupación, no parece que el citado período de incapacidad, que sin duda ha de indemnizarse, deba valorarse como impeditivo para la realización de las ocupaciones habituales del accidentado, sino más bien como período de incapacidad no impeditiva, considerando, además, que el citado baremo tiene un valor meramente orientativo cuando no se trata de accidentes de circulación, según tiene reiterado la jurisprudencia y la doctrina consultiva.

Por ello, la indemnización resultante utilizando como referencia las cantidades establecidas en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 7 de febrero de 2005, se desglosa así:

- Secuelas: 9 puntos x 749'61 euros = 6.746'49 euros.
- Días de estancia hospitalaria: 7 días x 58'19 euros = 407'33 euros.
- Días de incapacidad: 83 x 25'46 euros = 2.113'18 euros.
- Importe de la silla de ruedas, según la factura aportada: 1.700 euros.

En total, resultan 10.967 euros, cantidad que deberá ser actualizada de acuerdo con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe la necesaria y adecuada relación jurídica de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización que ha de reconocerse debe ajustarse a lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

TERCERA.- Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 154/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato de la CARM.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/11/07

Extracto de Doctrina

Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2006, la Dirección General de Enseñanzas Escolares remite a la Secretaría General de la entonces Consejería de Educación y Cultura un borrador de “Decreto por el que se regula el procedimiento para la admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.

El borrador se acompaña de un denominado “informe-propuesta” firmado por el titular de la referida Dirección, que indica la necesidad de adecuar el proceso de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos a las nuevas prescripciones de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE), para su aplicación a partir del curso escolar 2007/2008.

SEGUNDO.- El 20 de diciembre de 2006 se emite informe por el Servicio Jurídico de la Consejería. Tras afirmar la competencia de la Comunidad Autónoma para reglamentar la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, y la adecuación entre el contenido del Proyecto y las bases estatales, pone de manifiesto diversas omisiones procedimentales, como la ausencia de una memoria justificativa de las opciones normativas adoptadas en el Proyecto, del estudio económico y del preceptivo trámite de audiencia. Efectúa, asimismo, observaciones al contenido de la futura norma, como las relativas a la reiteración en el reglamento de contenidos legales, a las habilitaciones reglamentarias a favor del Consejero de Educación, a la derogación de normas y a la técnica normativa, a cuya efectiva asunción e incorporación en el texto del Proyecto se condiciona el carácter favorable del informe.

TERCERO.- Con fecha 15 de febrero de 2007, se incorporan al expediente de elaboración de la norma los siguientes documentos:

a) Informe-memoria, que justifica la necesidad del futuro Decreto en el desarrollo de la nueva normativa básica estatal, desplazando así la aplicación del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula la elección de centro educativo. Se afirma que, con ocasión de esta nueva norma, se simplifica el proceso de admisión, dotándolo de mayor transparencia y objetividad, señalando asimismo como principios rectores de aquél los de igualdad, distribución equilibrada de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, normalización e integración en la escolarización.

El informe relata la participación de los sectores interesados durante el proceso de elaboración de la norma, canalizada a través del Consejo Escolar de la Región de Murcia, el cual habría intervenido primero mediante la constitución de una Comisión de Trabajo, y luego informando favorablemente el Proyecto, tanto por su Comisión Permanente como por el órgano en Pleno. Las observaciones formuladas durante todo el proceso se incorporaron al texto.

También ha participado en su elaboración la Comisión de Directores.

b) Memoria económica, según la cual la entrada en vigor del futuro Decreto no supondrá incremento de coste para la Administración regional, toda vez que el coste de la puesta en marcha y funcionamiento del proyecto de informatización del proceso de admisión, que oscilará entre 20.000 y 25.000 euros, será asumido por la Dirección General de Enseñanzas Escolares, con cargo a las partidas presupuestarias ya previstas para el funcionamiento ordinario de la referida Dirección.

c) Dictamen 6/2007, del Consejo Escolar de la Región de Murcia, la mayor parte de cuyas observaciones serán recogidas en el texto.

CUARTO.- Tras la incorporación de las observaciones formuladas, se elabora un segundo borrador que, sometido al Servicio Jurídico de la Consejería, es informado favorablemente.

Con fecha 9 de marzo de 2007, se elabora el informe jurídico de la Vicesecretaría.

QUINTO.- Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 30 de mayo de 2007, poniendo de manifiesto la necesidad de incorporar al procedimiento un nuevo estudio económico de la norma, así como un informe sobre impacto por razón de género. Del mismo modo, considera que el informe-propuesta que obra en el expediente no satisface la exigencia de propuesta dirigida al Consejero, por la que el órgano directivo competente debe dar comienzo al procedimiento de elaboración de la norma, conforme al artículo 53.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en adelante Ley 6/2004).

La Dirección de los Servicios Jurídicos no realiza observaciones al articulado.

SEXTO.- Los días 7 y 8 de junio se incorporan los requeridos informe de impacto por razón de género y estudio económico. El primero pone de relieve que el artículo 2 del Proyecto, destinado a los principios generales inspiradores de la norma, recoge como tal el de la no discriminación por razón de sexo, al objeto de hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

El nuevo estudio económico, por su parte, eleva los costes de implantación del proyecto de informatización del proceso de admisión en 90.000 euros respecto al inicialmente

contenido en el expediente, toda vez que incluye ahora los costes de personal, omitidos en su día.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de julio de 2007. Con fecha 12 de septiembre se requirió la declaración de urgencia en la tramitación del expediente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), conforme al cual el Consejo habrá de ser consultado en relación con los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es regular la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello la previsión contenida en el artículo 84.1 LOE, según el cual las Administraciones educativas regularán las admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que se garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres y tutores.

Nos encontramos, pues, ante un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

2. El alcance de la actuación del Consejo Jurídico de la Región de Murcia cuando del examen de las disposiciones reglamentarias se trata, comporta el estudio de la competencia de la Comunidad Autónoma, la habilitación del Consejo de Gobierno para dictar la norma en cuestión, la comprobación de que se hayan seguido los trámites procedimentales previstos en la Ley para elaborarlo y, especialmente, el análisis de su adecuación al ordenamiento jurídico vigente. Todo ello sin olvidar la posibilidad de formular sugerencias acerca de eventuales deficiencias a evitar o de posibles mejoras, tanto de contenido como de técnica normativa, con el objetivo primordial de facilitar su pacífica inserción en el ordenamiento y procurar la mayor perfección de la futura norma.

3. Se ha solicitado por la Consejería consultante el 12 de septiembre de 2007 la tramitación de urgencia para la emisión del presente Dictamen, si bien no se ha justificado adecuadamente dicha petición. De hecho, es de resaltar que sí podían apreciarse evidentes razones de urgencia al momento de iniciar la tramitación interna del Proyecto en diciembre de 2006, toda vez que era intención de sus promotores que estuviera en vigor para disciplinar el proceso de admisión de alumnos correspondiente al curso académico 2007-2008. Los diferentes trámites necesarios para la elaboración del futuro Decreto, sin embargo,

imposibilitaron cumplir dicho objetivo, por lo que la admisión de alumnos del actual curso académico se realizó conforme a la normativa estatal todavía hoy aplicable en la Región de Murcia.

Es evidente, por tanto, que la futura normativa de admisión debe estar en vigor cuando se inicie el proceso correspondiente a la elección de centro para el curso 2008-2009. Con este horizonte temporal, no advierte el Consejo Jurídico razones que justifiquen la tramitación de urgencia de este Dictamen, con la principal consecuencia de reducir a la mitad los plazos de su emisión. Y es que la aparente lejanía del comienzo del proceso de admisión de alumnos para el curso 2008-2009, y las fechas en que puede emitirse el presente Dictamen conforme a su tramitación ordinaria, parecen desaconsejar el sacrificio de garantías que toda reducción de plazos conlleva.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.

Las normas reguladoras de los procesos de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos que se han venido aplicando en la Región de Murcia están contenidas en el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, cuyo artículo 1 lo declara aplicable solamente en aquellas Comunidades Autónomas en las que la enseñanza era gestionada por el Ministerio de Educación y Ciencia. Hasta hoy, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia únicamente ha aprobado normas de desarrollo y aplicación de dicho reglamento estatal. Es el caso de la Orden de 2 de febrero de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se establece el plazo de presentación de solicitudes de admisión de alumnos, para el curso 2006-2007, en centros de Enseñanzas de Régimen General sostenidos con fondos públicos, a excepción de las Enseñanzas de Formación Profesional de Grado superior, así como algunos aspectos de prioridad en la aplicación de criterios de admisión en casos de población con determinadas características socio-legales, cuya parte expositiva afirma la aplicabilidad en los procesos de admisión de alumnos, no sólo del Real Decreto citado, sino también de la Orden ministerial que lo desarrolla, de fecha 26 de marzo de 1997.

Cabe apreciar, en consecuencia, que la voluntad que subyace en el Proyecto es sustituir la aplicación de tales normas estatales por una reglamentación propia, para lo que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía, que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre tales leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo III de su Título II –artículos 84 a 87– a la “Escolarización en centros públicos y privados concertados”, previendo su artículo 84.1 que las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en dichos centros de tal forma que se garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores.

Esta previsión de regulación autonómica es acorde, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y

de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1,30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

Asimismo, de forma más concreta y como habilitación específica de desarrollo, el artículo 84.6 LOE deja a las Administraciones educativas el establecimiento del procedimiento y condiciones para la adscripción de centros públicos a efectos de la admisión de alumnos, extremo que, sin embargo, no es objeto de regulación en el Proyecto sometido a consulta.

De conformidad con lo expuesto, atendida la competencia de desarrollo legislativo que el artículo 16.1 EAMU atribuye a la Comunidad Autónoma, y dado que el contenido del Proyecto no puede ser incardinado en alguna de las funciones que el Estado reserva para sí, sino que, antes bien, corresponde a una materia que la propia LOE encomienda regular a las correspondientes Administraciones educativas, cabe concluir que la Comunidad Autónoma goza de competencia para desarrollar el procedimiento de admisión de alumnos en los centros docentes de la Región sostenidos con fondos públicos. En su ejercicio, y en atención al modelo bases más desarrollo a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que incidan sobre la materia.

Por otra parte, el Proyecto sometido a consulta no es un reglamento ejecutivo al uso, que desarrolla una Ley regional habilitante, sino que la función que a través del mismo se lleva a cabo es el ejercicio de las competencias normativas autonómicas en materia de educación, mediante el desarrollo reglamentario directo de la legislación básica estatal, introduciendo en la regulación opciones políticas propias.

Desde esta perspectiva, y al margen de la genérica alusión a las Administraciones educativas, no es posible encontrar en la ley estatal objeto de desarrollo una habilitación reglamentaria expresa al órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, aunque sí se deja a ésta, como ya quedó expuesto en las consideraciones precedentes, la reglamentación derivada de aquélla, la cual deviene imprescindible para la concreta aplicación y eficacia de las bases estatales, complementando sus previsiones.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004)

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004 si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) De conformidad con la citada norma, en la fase inicial de elaboración el Anteproyecto de la Disposición debe venir acompañado de documentación de naturaleza diversa, pues junto a la propuesta dirigida al Consejero por el órgano directivo de su Departamento competente por razón de la materia, que constituye la verdadera iniciación del procedimiento de elaboración reglamentaria, también debe redactarse una memoria de oportunidad.

En el expediente consta un denominado “informe-propuesta” que no es suficiente para poder considerar cumplimentados ambos trámites. En primer lugar no es propiamente una propuesta –con el significado con que usa el término el artículo 53 de la Ley 6/2004–, a

pesar de la calificación que expresamente consta en el título del documento, toda vez que de su lectura no se desprende que el Director General de Enseñanzas Escolares proponga al titular de la Consejería competente en materia de educación la tramitación y ulterior aprobación del texto como Decreto, sino, antes bien, se limita a solicitar la emisión de un informe a su Secretario General.

Como memoria de oportunidad, por su parte, carece del contenido prescrito por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, para considerar que cumple la finalidad a la que se destina. En efecto, de acuerdo con el referido precepto, la memoria justificativa de la oportunidad de la Disposición debe incluir la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas, lo que no hace, pues la justificación que contiene el documento es absolutamente genérica, sin que alumbre acerca de las razones que aconsejan la adopción de las específicas medidas normativas contenidas en el Proyecto.

La misma calificación de generales e inespecíficas merecen también las justificaciones del Proyecto contenidas en el informe-memoria de 16 de febrero de 2007, de la Dirección General de Enseñanzas Escolares (folios 33 y siguientes).

b) Carece el expediente de una relación de las disposiciones cuya vigencia queda afectada. Adviértase que de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

En consecuencia, debería haberse incorporado la referida relación de disposiciones que verán afectada su vigencia una vez la adquiera el futuro Decreto, si bien tanto la memoria aludida en la Consideración anterior como otros documentos obrantes en el expediente, sí mencionan el propósito que anima la nueva Disposición de sustituir a la reglamentación estatal sobre elección de centro, por lo que puede considerarse cumplida la finalidad que persigue dicho requisito formal.

c) De conformidad con el artículo 53.3 de la Ley 6/2004, elaborado el texto de un proyecto de Disposición general que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, el órgano directivo impulsor lo someterá al trámite de audiencia, debiendo motivar la decisión sobre el procedimiento escogido para dar dicha audiencia. No consta que se haya dado curso al referido trámite, que habría de afectar tanto a los padres de alumnos, principal colectivo cuyos intereses pueden verse afectados por la norma, como a las Corporaciones Locales, cuya colaboración en el proceso de admisión de los alumnos se requiere en el Proyecto.

En cualquier caso, la presencia de representantes de las asociaciones de padres y de las entidades locales en el Consejo Escolar de la Región de Murcia de acuerdo con el artículo

11.1.b) y g), de la Ley 6/1998, de 30 de noviembre, de Consejos Escolares de la Región de Murcia, (órgano superior de participación de los sectores sociales implicados en la programación general de la enseñanza de niveles no universitarios y de consulta y asesoramiento, respecto a los anteproyectos de leyes y reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el ámbito de ésta –artículo 6 de la Ley 6/1998–, y que interviene en el procedimiento de elaboración de la futura Disposición mediante la emisión de su informe favorable) permite relativizar el efecto de la falta de audiencia a dichas entidades, sin perjuicio de advertir la conveniencia de haber contado con su participación, a través de su consulta directa.

d) Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Educación, Ciencia e Innovación al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto, si bien cabe entenderla formulada desde el momento en que es él quien solicita la emisión de este Dictamen.

CUARTA.- Texto sometido a Dictamen.

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 23 artículos divididos en cuatro Capítulos (I, Disposiciones de carácter general; II, Proceso de admisión de alumnos; III, Alumnos con necesidad específica de apoyo educativo; y IV, Comisiones de escolarización y órganos de los centros), 6 Disposiciones adicionales y una final, así como un Anexo.

QUINTA.- Observaciones de carácter general.

1. El ámbito de aplicación.

1. El ámbito de aplicación del futuro Decreto queda ya perfilado en su artículo 1 mediante la fijación de un criterio material, es decir, las enseñanzas a cuyos procesos de admisión se aplicará, concretado después en el artículo 3 al precisar en qué momento de la escolarización habrán de desarrollarse aquéllos; y un criterio territorial, constituido por la admisión en centros docentes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La Disposición adicional quinta, sin embargo, utiliza un criterio estrictamente subjetivo para sujetar al régimen establecido en el Proyecto a todos los habitantes de la Región de Murcia en edad de ser escolarizados en alguna de las enseñanzas a que el mismo se refiere. Considera el Consejo Jurídico que, al margen de la falta de concreción jurídica del término “habitante de la Región de Murcia”, lo determinante en orden a la aplicación del futuro Decreto, como acertadamente establece el artículo 1, será la ubicación del centro docente en el que se solicite la admisión dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, con independencia del lugar de residencia de los interesados. Y es que, si bien de ordinario se solicitará la admisión en centros de la misma Comunidad Autónoma en la que se resida, la LOE posibilita que ello no sea necesariamente así, al imponer a las Administraciones educativas, en aplicación del principio de colaboración, que en los procesos de admisión de alumnos se tenga en cuenta la necesidad de *“facilitar el acceso a enseñanzas de oferta escasa y a centros de zonas limítrofes a los alumnos que no tuvieran esa oferta educativa en centros próximos o de su misma Comunidad Autónoma”*. En tal supuesto, los alumnos de las Comunidades Autónomas limítrofes que soliciten ser admitidos en centros ubicados en nuestra Región, habrán de someterse a las normas del futuro Decreto, del mismo modo que los alumnos murcianos que participen en procesos de admisión en centros docentes de otras Comunidades Autónomas habrán de sujetarse al régimen establecido por el ordenamiento territorial correspondiente.

Debe, en consecuencia, suprimirse la Disposición adicional quinta.

2. En las Disposiciones adicionales segunda y cuarta se excluyen del ámbito de aplicación del Proyecto los procesos de admisión a las enseñanzas de educación infantil de primer ciclo y de formación profesional de grado medio o superior, para sujetarlas a la normativa específica que se dicte en cada caso. La directriz 35 de las de técnica normativa impone un criterio restrictivo en la elaboración de la parte final de las normas, de tal modo que en ella sólo habrán de incluirse aquellos preceptos que respondan a los criterios que la definen. Dado el contenido de tales Disposiciones adicionales procede su eliminación, reubicando su contenido en la Exposición de Motivos.

2. Reserva de plazas para alumnos con necesidades de apoyo educativo.

Dispone el artículo 87 LOE que, con el fin de asegurar la calidad de la educación para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, las Administraciones garantizarán una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, para lo cual establecerán la proporción de estos alumnos que han de ser escolarizados en cada uno de los centros, pudiendo reservarles, para facilitar su escolarización y garantizar su derecho a la educación, una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados.

El Proyecto, por su parte, regula esta reserva en dos preceptos. El primero de ellos, el artículo 5.2, se expresa en términos no de mera posibilidad, como la LOE, sino que de forma imperativa establece que la Consejería reservará el número de plazas que reglamentariamente se determine para los alumnos con necesidades de apoyo educativo, en orden a su admisión en segundo ciclo de educación infantil y enseñanza básica, dejando al margen, por tanto, de esta reserva, a las enseñanzas de bachillerato. Por el contrario, el artículo 17 del Proyecto, reproduce, aunque no literalmente, pero sí en su contenido esencial, las previsiones del precepto básico, indicando la posibilidad de establecer la indicada reserva de plazas, sin limitación alguna en cuanto a las enseñanzas a que se refiere.

Quizás la referencia legal tomada por el Proyecto en orden a excluir la reserva de plazas en los procesos de admisión a las enseñanzas de bachillerato sea no el artículo 87, sino el 74.4 LOE, en cuya virtud la Administración debe promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales y desarrollar programas para su adecuada escolarización en los centros de educación primaria y secundaria obligatoria. Ahora bien, esta es una previsión legal referida sólo a uno de los tres colectivos que integran el concepto de alumnos con necesidad de apoyo educativo (alumnos con necesidades educativas especiales; alumnos con altas capacidades intelectuales y alumnos con integración tardía en el sistema educativo español) y que no puede ser extrapolada a los otros colectivos si al hacerlo se establecen restricciones no previstas en la Ley.

Y esto es precisamente lo que ocurre, cuando se excluye de la reserva de plaza a las enseñanzas de bachillerato. Adviértase que la LOE no distingue entre unas enseñanzas y otras a la hora de posibilitar dicha reserva, lo cual es razonable si se atiende a la finalidad perseguida con esta medida, que no es otra que garantizar el derecho a la educación de todos los alumnos con necesidad de apoyo educativo, facilitando su escolarización. La mera posibilidad de afección de un derecho fundamental como es el de la educación y el deber de los poderes públicos de garantizarlo (artículo 27.5 CE) y de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, aconsejan eliminar una

medida que, no viniendo amparada por una mínima justificación en el expediente, podría llegar a constituir una restricción del referido derecho.

Del mismo modo, si en contra del parecer expresado en la anterior consideración se mantiene en el Proyecto el artículo 5.2, debería eliminarse el adverbio “reglamentariamente”, toda vez que la reserva de plazas en sí misma considerada no es una Disposición de carácter general, sino mero acto administrativo englobado en el proceso general de admisión del alumnado.

Si, por el contrario, lo que se pretende es efectuar una especie de habilitación reglamentaria al Consejero competente en materia de educación para establecer el régimen de esa reserva, deben recordarse las importantes limitaciones que afectan a la potestad reglamentaria de los Consejeros cuando sus normas sean susceptibles de producir efectos sobre terceros, más allá del ámbito estrictamente organizativo y doméstico de su Departamento. Todo ello, en virtud de la configuración que de dicha potestad efectúan los artículos 38 y 52 de la Ley 6/2004 y en la estricta interpretación que la doctrina de este Consejo Jurídico hace de tales preceptos, y que ya fue puesta de manifiesto a la Consejería consultante en recientes Dictámenes, como el 108/2007.

3. Participación de los Consejos Escolares Municipales.

A lo largo del Proyecto se recaba la colaboración de los Ayuntamientos en la admisión de los alumnos (artículos 4.3 y 11.1), se territorializa el proceso al establecer las áreas de influencia de los centros (artículo 6), las cuales normalmente no excederán de un término municipal, y se prevé la creación por las Entidades Locales de “órganos municipales de escolarización” para colaborar en la admisión de los alumnos (artículo 21).

Llama la atención que, a pesar de dichas previsiones, el Proyecto guarde silencio acerca de la intervención que, en el ámbito local, podrían tener en el proceso de admisión de los alumnos los respectivos Consejos Escolares Municipales, entre cuyas funciones se cuenta la de emitir informes en materia de distribución de alumnos a efectos de escolarización (artículo 29.1, letra a) de la Ley 6/1998, de 30 de noviembre, de Consejos Escolares de la Región de Murcia). Articular la intervención de dichos órganos en la admisión de los alumnos permitiría además garantizar la participación de los sectores afectados, atendida la plural composición de tales Consejos, entre cuyos miembros se encuentran no sólo las Administraciones local y autonómica, sino también representantes de la comunidad educativa (incluidos los padres de alumnos), los directores de los centros públicos y los titulares de los privados concertados (artículo 25 Ley 6/1998).

4. La reproducción de la norma básica en el futuro Decreto.

Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas básicas sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal y alterando parcialmente su redacción, como ocurre, a modo de ejemplo, con los artículos 3.3 ó 4.2.

SEXTA.- Observaciones particulares al texto.

1. A la Exposición de Motivos.

– Quizás sería conveniente introducir una mención a la normativa estatal que ha sido de aplicación hasta la entrada en vigor del nuevo Decreto y que éste viene a sustituir.

– La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa).

– Se recomienda repasar la redacción gramatical y la sintaxis, a efectos de corregir incorrecciones, tales como la mención del Estatuto de Autonomía (párrafo 2), sugerencia extensible al articulado del Proyecto.

– Se reitera lo dicho en la Consideración Quinta, 2.

2. Al articulado.

– Artículo 2. Principios generales.

a) De conformidad con el último párrafo de la parte expositiva, la transparencia y objetividad de todo el proceso de admisión de alumnos son principios que informan el Proyecto, por lo que deberían incorporarse al artículo 2.

b) El apartado 4 establece que “sólo puede ser considerado el expediente del alumno en el proceso de admisión en bachillerato”. La redacción del precepto, que se expresa en términos de mera posibilidad, no refleja, sin embargo, el carácter imperativo de que aparece revestido dicho criterio en la norma básica. En efecto, el artículo 85.1 LOE dispone que para el bachillerato, además de los criterios aplicables en el proceso de admisión a las restantes enseñanzas, “*se atenderá*” al expediente académico de los alumnos.

Procede, en consecuencia, que el Proyecto adecue su redacción a la ley básica.

– Artículo 3. Ámbito de aplicación.

De conformidad con el artículo 87.4 LOE, los centros están obligados a mantener escolarizados a todos sus alumnos “hasta el final de la enseñanza obligatoria”, previsión ésta que debería recogerse en el apartado 3 del precepto, cuya primera parte es reproducción de la norma básica.

– Artículo 4. Información al alumnado y a la familia.

Su apartado 3 debería precisar si la información a que se refiere será ofrecida sólo a solicitud de los interesados -como ocurre con la contemplada en el apartado 1- o si, por el contrario, habrá de figurar en lugares de exposición pública tales como tabloneros de anuncios o páginas web de los centros docentes o de la Consejería.

Del mismo modo, no estaría de más establecer el medio o lugar en que se procederá a publicar las áreas de influencia de cada centro a que se refiere el artículo 6 del Proyecto.

– Artículo 8. Solicitudes de admisión.

a) En la presentación de solicitudes de admisión que regula el apartado 2, sería conveniente prever el supuesto de su posible presentación en cualquiera de los registros o medios establecidos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), para no restringir el alcance de esta Ley.

b) El apartado 3 equipara en consecuencias a actuaciones de muy diversa naturaleza y alcance, pues la presentación extemporánea de la solicitud o de más de una para acceder a las mismas enseñanzas, que son meras vulneraciones del régimen de admisión establecido en el Proyecto, reciben idéntico tratamiento que la falsedad de los datos aportados en la solicitud, actuación ésta que, más allá de la mera irregularidad administrativa, es susceptible de integrar un ilícito penal. Debe el precepto, por tanto, distinguir adecuadamente tales figuras y prever, en lo que afecta a la falsedad o fraude en los datos, que la Administración comunicará a la autoridad competente tales hechos para que adopte las medidas oportunas en orden a exigir las responsabilidades en que hubieran podido incurrir sus autores.

– Artículo 10. Hermanos matriculados en el centro o padres o tutores legales que trabajen en el mismo.

a) Por Orden de 2 de febrero de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, se establece el plazo de presentación de solicitudes de admisión para el curso 2006-2007, y dos reglas para interpretar cuándo existen hermanos matriculados en el centro a efectos de su valoración en los procesos de admisión. La vigencia estrictamente temporal del establecimiento del plazo de presentación de solicitudes podría hacer surgir dudas acerca de la vigencia indefinida de los criterios interpretativos contenidos en la Orden. Sería conveniente, en consecuencia, incorporarlos al artículo 10.1 del Proyecto.

b) El inciso “*o que en el mismo...como destinados al mismo*” debería ubicarse al final del apartado.

– Artículo 11. Proximidad del domicilio del alumno o del lugar de trabajo de padres o tutores legales.

El apartado 3 debería completarse con la indicación de la forma de acreditar el domicilio laboral cuando se trate de trabajo por cuenta ajena.

– Artículo 12. Rentas anuales de la unidad familiar.

El apartado 4 dispone que cuando, alegado el criterio de la renta anual, no se puedan obtener de la Agencia Estatal de Administración Tributaria los correspondientes datos por medios informáticos o telemáticos, la acreditación se realizará por el procedimiento que al efecto establezca la Consejería de Educación. Debe advertirse que dicho procedimiento habrá de tener en cuenta, necesariamente, las previsiones contenidas en el artículo 84.11 LOE (precepto que si bien carece del carácter de Ley Orgánica, sí es norma básica, por virtud de las disposiciones finales quinta y séptima LOE). Establece este artículo que, en tales supuestos, no se requerirá al interesado la aportación de certificados expedidos por la Administración tributaria ni la presentación en original, copia o certificación de sus declaraciones tributarias. El certificado será sustituido por declaración responsable del interesado, con autorización expresa para que la Administración tributaria suministre la información a la Administración educativa.

– Artículo 13. Concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres, hermanos o tutores legales.

La previsión contenida en el apartado 2 que excluye la aplicación de este criterio cuando el alumno discapacitado “haya practicado la reserva prevista en el artículo 5 del presente Decreto”, no es correcta, toda vez que la reserva de plazas escolares para los alumnos con necesidades de apoyo educativo no la realizan éstos sino la propia Administración educativa. Lo más adecuado sería aludir a que el alumno se haya beneficiado de o acogido a la indicada reserva.

– Artículo 16. Prioridades.

a) La letra a) indica que su contenido es conforme con el artículo 84.7 LOE, cuando lo cierto es que refunde reglas diversas contenidas en los apartados 5 (consideración como centro único a los centros públicos adscritos a otros centros públicos que impartan etapas diferentes); 7 (prioridad para la admisión en centros públicos de los alumnos procedentes de otros centros públicos adscritos); y 8 (remisión del procedimiento de admisión en centros concertados a lo establecido para los centros públicos). Debería, en consecuencia, aludir a los restantes apartados del precepto básico cuya regulación reproduce.

b) Debería explicitarse en el Proyecto cómo opera la prioridad que deriva de los criterios contenidos en el artículo, especialmente, en qué forma se relacionan con los establecidos en el artículo 9, los cuales también son expresamente calificados de prioritarios.

– Artículo 19. Alumnos con altas capacidades intelectuales.

La norma contenida en este precepto resulta ajena al objeto de regulación del proyecto, toda vez que no establece regla alguna de escolarización, por lo que, en atención a elementales razones sistemáticas y de técnica normativa, debería excluirse del mismo. Apoya dicha sugerencia el hecho de que la posibilidad de flexibilizar para este alumnado, con independencia de su edad, la duración de cada una de las etapas educativas, ya se establece en el artículo 77 LOE que, además, reserva al Gobierno de la Nación, previa consulta a las Comunidades Autónomas, el establecimiento del régimen de dicha flexibilización.

– Artículo 21. Comisiones de Escolarización.

En el apartado 2, debería suprimirse la expresión “*más concretamente*”.

– Artículo 22. Competencias de los órganos de los centros.

El apartado 4 impone a los centros la obligación de dar publicidad tanto a los puestos escolares vacantes en ellos como a la información relativa a todos aquellos extremos necesarios para garantizar la transparencia y la objetividad del proceso de admisión. Sin embargo, no se indica ni el medio ni el momento para hacerlo, aun cuando esta información es esencial para el adecuado desarrollo de todo el proceso de admisión, dado que la existencia de vacantes en un centro es presupuesto necesario para que aquél dé comienzo. Su transparencia y objetividad, por otra parte, son principios inspiradores del mismo, de conformidad con la parte expositiva del Proyecto, y quedarían reforzados si el Proyecto estableciera normas comunes para todos los centros acerca de cómo y cuándo facilitar la información a que se refiere el precepto.

– Artículo 23. Recursos y reclamaciones.

Frente a las decisiones que adopten los órganos de los centros en relación a la admisión del alumnado, el precepto prevé la posibilidad de su impugnación en vía administrativa bajo la forma de recurso de alzada ante la Dirección General competente.

Nada cabe objetar a este recurso jerárquico cuando el acto combatido procede de un órgano administrativo, como es el Consejo Escolar de los centros públicos, en la medida en que tal naturaleza administrativa cabe predicar también de sus actos, en tanto que emanados del ejercicio de una función pública atribuida por el ordenamiento y que ha de desarrollar conforme al régimen establecido por las normas del Derecho Administrativo. Es decir, sus resoluciones sobre admisión de alumnos son verdaderos actos administrativos, contra los que caben los recursos establecidos en las normas del Procedimiento Administrativo Común, singularmente el de alzada (artículos 107 y 114 LPAC).

Por el contrario, cuando la decisión acerca de la admisión de los alumnos emana del titular de un centro concertado, es una declaración de voluntad formulada por un sujeto privado (artículo 108.3 LOE), del que no puede afirmarse que goce de la condición de Administración Pública y que, desde luego, resulta ajeno al entramado jerárquico de ella. Esta circunstancia es determinante a efectos de impedir la utilización del recurso de alzada, establecido por la LPAC para posibilitar que el acto administrativo sea revisado por el órgano superior jerárquico del que lo dictó.

No obstante, como quiera que la decisión se adopta en aplicación de normas de Derecho Administrativo como son las que regulan la admisión de alumnos, y en virtud de un régimen de vinculación jurídico-pública como es el de concierto, no puede negarse la trascendencia administrativa de la resolución y la necesidad de su control por los órganos competentes de la Consejería, y ello aunque en rigor no pueda ser calificada como acto administrativo –así también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, 136/2005, de 22 de febrero–. Necesidad que deriva de los principios puestos en juego y que se pretenden garantizar con el régimen de admisión de alumnos establecido por la LOE y sus normas de desarrollo, como son los de garantizar el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro (artículo 84.1 LOE).

En consecuencia, si bien no se considera correcto someter la decisión del titular del centro concertado al recurso de alzada, sobre la base de no existir propiamente una relación jerárquica entre aquél y el Director General correspondiente, sí cabría establecer un trámite de reclamación ante la Administración educativa, en cuanto garante de la adecuada aplicación del sistema de admisión, cuya resolución ya sí constituiría sin lugar a dudas un acto administrativo, al que no habría obstáculo en calificar de finalizador de la vía administrativa (artículos 109, letra d) LPAC y 28 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), equiparándolo a la resolución del recurso de alzada, cuyo ámbito quedaría restringido a la impugnación de los actos que en materia de admisión de alumnos adopten los órganos competentes de los centros públicos, singularmente el Consejo Escolar, o las Comisiones de Escolarización.

– Parte final.

No debería abandonarse en esta parte la correcta técnica seguida en el articulado de intitular o epigrafiar los diferentes preceptos.

- Disposición adicional tercera.

Requiere una redacción más precisa para delimitar con exactitud su objeto.

- Disposición final primera.

1. Debería denominarse “Disposición final” o “Disposición final única”, pero no “primera”.

2. No se advierten en el expediente razones de especial urgencia que justifiquen una excepción al régimen general de *vacatio* de las normas, establecido en veinte días desde su publicación, de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 6/2004.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma goza de competencia material para aprobar el futuro Decreto, de conformidad con lo señalado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

SEGUNDA.- Tienen carácter esencial las observaciones relativas a los siguientes preceptos: artículo 5.2, en los términos de la Consideración Quinta, 2, de este Dictamen; artículo 2.4, conforme a la Consideración Sexta; y la supresión de la Disposición adicional quinta, de acuerdo con lo indicado en la Consideración Quinta, 1, de este Dictamen.

TERCERA.- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 155/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el régimen de publicidad de sus datos.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/11/07

Extracto de Doctrina

El artículo 10.Uno.15 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el fomento de la cultura y de la investigación científica y técnica en coordinación con el Estado, especialmente en materias de interés para la Región de Murcia. Este precepto, en los términos que el Consejo señalaba en su Dictamen 132/2004, constituye título competencial suficiente y adecuado para dar cobertura a la actividad legislativa desplegada, en su momento,

por la Comunidad Autónoma mediante la promulgación de la LARM, cuyo artículo 28.1 crea, en la Consejería competente en materia de educación y cultura, un Registro de Academias.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha indeterminada la Dirección General de Universidades y Política Científica elabora un primer borrador de Decreto por el que se regula el Registro de Academias de la Región de Murcia.

El texto se remite, mediante escrito fechado el 28 de noviembre de 2006, a la Secretaría General de la, en aquel momento, denominada Consejería de Educación y Cultura para su tramitación, acompañado de los siguientes documentos:

a) Informe-memoria, elaborado por el centro directivo impulsor del Proyecto, que sitúa la necesidad y oportunidad de su aprobación en el desarrollo del artículo 28 de la Ley 2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia (LARM), precepto que crea el Registro cuyo desarrollo ahora se pretende abordar.

b) Memoria económica, que hace constar que la aprobación del Decreto no va a suponer incremento de coste alguno para la Administración Regional, porque los gastos que va a comportar la puesta en marcha y funcionamiento del Registro de Academias, se asume y se cubre con los créditos que se recogen en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2006, destinados al funcionamiento ordinario de la Dirección General de Universidades y Política Científica.

c) Certificado expedido por el Consejo de Academias de la Región de Murcia, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto tras su consideración por el referido órgano en sesión celebrada el 26 de julio de 2006.

d) Escritos acreditativos de haber sometido el Proyecto a la consideración de las siguientes entidades: Real Academia de Medicina y Cirugía de Murcia; Real Academia de Alfonso X el Sabio de Murcia; Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia; Real Academia de Bellas Artes “Santa María de la Arrixaca”; Academia de Ciencias de la Región de Murcia y Academia de Farmacia “Santa María de España” de la Región de Murcia; sin que ninguna de ellas formulase observación o sugerencia alguna.

e) Propuesta de Acuerdo que formula el Consejero de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno para aprobar, como Decreto, el Proyecto.

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2006, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura informa favorablemente el Proyecto, con unas observaciones que son incorporadas al texto.

TERCERO.- El borrador resultante, junto con el informe de la Vicesecretaría, se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos recabando su preceptivo informe, el cual es emitido el 27 de marzo de 2007, con observaciones al texto que son incorporadas en su totalidad al nuevo borrador que se elabora.

CUARTO.- El 3 de mayo de 2007 se recabó el Dictamen del Consejo Jurídico, y por Acuerdo núm. 11/2007, de 18 de mayo, se solicitó a la Consejería consultante que se completara el expediente con el texto del Proyecto debidamente autorizado por el titular de la

Consejería a quien corresponde proponer al Consejo de Gobierno los proyectos de decreto relacionados con las materias de su competencia.

QUINTO.- El 22 de mayo de 2007, el titular de la Consejería de Educación y Cultura envía escrito a este Órgano Consultivo reiterando la petición de Dictamen y adjuntando texto del Proyecto, al que se une diligencia de la Secretaria General de dicho Departamento, en la que se hace constar que dicho texto constituye el Proyecto definitivo del Decreto que se pretende aprobar.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), pues se trata de un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de la LARM.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración y competencia orgánica.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) No consta el informe de impacto por razón de género que, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, resulta preceptivo en el procedimiento de elaboración reglamentaria, por exigencia del artículo 53.1 de la Ley 6/2004 sí en redacción dada por la Disposición final cuarta de la citada Ley 7/2007. Ahora bien, como dicha modificación entró en vigor el día 12 de mayo de 2007, es decir, con posterioridad al inicio de los trámites de elaboración del Decreto que se pretende aprobar, y careciendo la citada Ley 7/2007 de normas transitorias propias, habrá de aplicarse la regla general establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), según la cual los procedimientos en trámite a la entrada en vigor de una modificación de las normas propias de la instrucción, se regirán por la legislación anterior, comenzando a regir la nueva para los procedimientos que se inicien a partir de su entrada en vigor.

b) El certificado expedido por el Secretario del Consejo de Academias de la Región de Murcia (folio 17), relativo a la aprobación por dicho Órgano del Proyecto, carece del visado que corresponde a su Presidente.

c) El artículo 53.1 de la Ley 6/2004 exige la realización de un estudio económico de la norma que se pretenda aprobar, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere. Sin embargo, el expediente sólo contiene una declaración de ausencia de incremento de coste. Debe recordarse que la memoria económica tiene una trascendencia mayor que la mera afirmación acerca del no incremento del gasto, ya que su finalidad es

ilustrar sobre las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 de la Constitución Española). Esta exigencia no queda atendida con el informe-memoria que figura al folio 14 del expediente, el cual, además, viene referido al ejercicio presupuestario correspondiente al año 2006. Se debe, pues, emitir dicho estudio económico con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

d) En lo que respecta al cumplimiento en el procedimiento del obligado trámite de solicitar dictamen de este Consejo Jurídico, y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos formales exigidos para formalizar consulta, hay que señalar que según establece el artículo 46.2.c), 1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a la consulta se ha de unir copia autorizada del proyecto de disposición de carácter general que constituya su objeto. El incumplimiento de este trámite dio lugar a que, mediante Acuerdo 11/2007, se recabase de la Consejería consultante que se completase el expediente con copia del Proyecto debidamente autorizada por el titular de la Consejería, a quien corresponde proponer al Consejo de Gobierno los proyectos de decreto relacionados con las materias de su competencia (art. 37.1.c) de la Ley 6/2004). El requerimiento fue atendido, pero de forma inidónea al enviar el texto del Proyecto acompañado de una diligencia de la Secretaría General que, además, sólo se hace constar en la primera hoja. No obstante, cabe entender que este borrador del Proyecto es el asumido implícitamente por el titular de la Consejería al remitirlo a este Órgano Consultivo solicitando su Dictamen.

e) Por último, corresponde al Consejo de Gobierno la facultad de aprobar el Proyecto como Decreto, de conformidad con la potestad que, de forma genérica, le viene atribuida por lo dispuesto en los artículos 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004 y, además, de forma específica para la materia que nos ocupa, por la Disposición final primera LARM.

TERCERA.- Competencia material y habilitación legislativa.

El artículo 10.Uno.15 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el fomento de la cultura y de la investigación científica y técnica en coordinación con el Estado, especialmente en materias de interés para la Región de Murcia. Este precepto, en los términos que el Consejo señalaba en su Dictamen 132/2004, constituye título competencial suficiente y adecuado para dar cobertura a la actividad legislativa desplegada, en su momento, por la Comunidad Autónoma mediante la promulgación de la LARM, cuyo artículo 28.1 crea, en la Consejería competente en materia de educación y cultura, un Registro de Academias. Este mismo precepto en su apartado 2 afirma el carácter público del Registro y establece que reglamentariamente se determinará su organización y funcionamiento. El Proyecto constituye, pues, un desarrollo parcial de la LARM, gozando, así, de la debida cobertura legal.

CUARTA.- Contenido del Proyecto y sistemática.

I. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, nueve artículos, dos Disposiciones transitorias y una Disposición final.

II. La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices

de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe efectuar una observación respecto de la referencia que se contiene en la fórmula promulgatoria al informe del Consejo de Academias que, a tenor de lo dispuesto en la Directriz 13, debe figurar en párrafo independiente, antes de la fórmula promulgatoria, reservando esta última -según la Directriz 16- para hacer referencia al Consejero proponente (no a la Consejería), y al presente Dictamen, utilizando la fórmula, según proceda, de “oído” o “de acuerdo con” el Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

QUINTA.- Observaciones concretas al contenido del Proyecto.

I. La denominación legal del Registro de Academias es “Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” (arts. 28 y siguientes de la LARM), a la que deben ajustarse todas las menciones que a dicho Registro se hacen en el Proyecto.

II. En el primer párrafo de la parte expositiva se alude a la competencia autonómica que ampara el dictado de la nueva norma, reseñándose, para ello, el artículo 10.1.15. La referencia debe ser respetuosa con la que se consigna en el EAMU; por lo tanto, se ha de sustituir el guarismo “1”, por la palabra “uno”, de manera que la cita quede del siguiente modo: “artículo 10.Uno.15”.

También en este mismo párrafo resultaría gramaticalmente más correcto utilizar el pretérito perfecto simple en vez del compuesto, para indicar el hecho de la promulgación de la LARM.

III. La expresión “y en concreto” que se recoge en el artículo 1 *in fine* es innecesaria.

IV. La inscripción en los registros oficiales constituye un hecho imponible de la tasa general de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, establecida en el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, sin que en este texto legal ni en la LARM figure exención alguna para los actos de inscripción en el Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La previsión que contempla el artículo 2.1 del Proyecto de gratuidad de las inscripciones en dicho Registro resulta, de este modo, contraria a las previsiones legales que, con carácter general, vienen establecidas en las normas antes citadas y debe suprimirse, por lo tanto, dicha gratuidad.

V. En el artículo 5 se recogen los actos objeto de inscripción, que no son otros que los contemplados en el artículo 29 y en la Disposición Transitoria de la LARM. Acogiendo la consolidada Doctrina del Consejo Jurídico (reflejado en numerosos Dictámenes y sintetizada en la Memoria del año 2004) de que, cuando en las normas reglamentarias ejecutivas se opta por reproducir preceptos de la Ley objeto de desarrollo (*lex repetita*), debe dejarse constancia de su origen mediante la cita del concreto artículo legal que lo contiene -siguiendo el modelo “de conformidad con lo dispuesto en...” u otro similar-, en orden a evitar problemas hermenéuticos acerca del verdadero rango de la disposición, el Proyecto hace referencia a los preceptos de la LARM antes mencionados, pero no lo hace correctamente. Al mencionar el artículo 29 antes de incluir la lista de actos inscribibles, produce la impresión de que este precepto es el que daría cobertura a la totalidad de ellos, sin que esta confusión se despeje por el hecho de que en el apartado 2 se cite la Disposición Transitoria de la LARM. Con el fin de conseguir una mayor claridad en la utilización de esta

técnica, el precepto que nos ocupa debería dividirse en dos apartados; un primero en que, con referencia al artículo 29 LARM, se relacionarían los actos que en dicho precepto legal se indican; y, un segundo, en el que, con cita en la Disposición transitoria de la LARM, se recogiesen como inscribibles las Academias ya existentes a la entrada en vigor del texto legal y que hayan adaptado sus Estatutos a dicha Ley.

VI. El apartado 1 del artículo 6 establece que *“El Registro se organizará documentalmente mediante un Libro de Inscripción en soporte informático y en soporte papel, en el que, ordenados cronológicamente, se reflejarán los asientos correspondientes a creación, inscripción, cambio de denominación de la Academia, modificación de Estatutos, modificación del Reglamento de Régimen Interior, cambios en la composición de los órganos de gobierno, cambios de los Académicos de número, cambios del domicilio social y los actos de fusión, segregación y extinción de las Academias”*. Dado que los actos que deben acceder al Registro vienen ya determinados en el artículo 5 de la norma que se pretende aprobar, la redacción del presente apartado debe modificarse mediante una remisión al contenido de aquél, en los siguientes términos: *“El Registro se organizará documentalmente mediante un Libro de Inscripción en soporte informático y en soporte papel en el que, ordenados cronológicamente, se reflejarán los asientos correspondientes a los actos sujetos a inscripción a los que se refiere el artículo 5 del presente Decreto”*.

VII. La rúbrica del artículo 7 no parece la más adecuada para avanzar el contenido del precepto. Se sugiere su sustitución por la de *“Procedimiento para la inscripción de la creación de las Academias”*.

Otro tanto cabe decir respecto del título del artículo 8, que resultaría más descriptivo de su contenido si se sustituye por la siguiente leyenda: *“Procedimiento para la inscripción de los demás actos registrables”*.

VIII. A tenor de lo dispuesto en la LPAC –según redacción dada por la Ley 4/1999–, el plazo máximo de duración de los procedimientos incorpora tanto la fase de resolución como la de notificación del acto resolutorio. En consecuencia, debe contemplarse tal circunstancia en el artículo 8.3 del Proyecto, introduciendo entre las palabras *“dictado”* y *“resolución”* la expresión *“y notificado”*.

IX. El Proyecto, mediante el juego de sus dos disposiciones transitorias, pretende establecer el régimen jurídico aplicable, en lo que a inscripción registral se refiere, a las Academias constituidas o creadas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto que se pretende aprobar, distinguiendo si sus Estatutos se ajustan o no a la LARM. Así, la Disposición transitoria primera proviene que *“las Academias ya constituidas o creadas por la Comunidad Autónoma con anterioridad a la entrada en vigor del Presente Decreto y cuyos Estatutos no presenten discordancia con lo dispuesto en la Ley 2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia, se inscribirán de oficio en el Registro de Academias de la Región de Murcia por la Dirección General competente en materia de Universidades, en el plazo de un mes desde la puesta en funcionamiento de este Registro”*. Por su lado, la Disposición transitoria segunda afirma que *“de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria de la Ley 2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia, las ya constituidas o creadas por la Comunidad Autónoma, en el caso de que exista discordancia entre sus Estatutos y lo establecido en la referida Ley, deberán adecuar sus Estatutos a los preceptos contenidos en la Ley. Una vez verificada su adecuación, la Academia solicitará su inscripción en el Registro en los términos previstos en la Ley”*.

Es necesario recordar aquí el contenido de la Disposición transitoria de la LARM que, textualmente, dispone:

“Las Academias ya constituidas o creadas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley, dispondrán de un plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, para adecuar sus estatutos a los preceptos en ella contenidos, siempre que exista discordancia entre aquéllos y lo establecido en la Ley. En este caso, presentarán ante la Consejería competente en materia de educación y cultura los nuevos estatutos de la Academia reformados y adaptados, junto con una certificación, expedida por el Secretario, del acuerdo del Pleno o Junta General de la Academia por el que se aprueba esta adaptación.

Estas Academias deberán solicitar su inscripción en el Registro, de acuerdo con lo previsto en la Ley.

Por el encargado del Registro de Academias de la Región de Murcia, una vez comprobada la adaptación de los estatutos de la Academia a la presente Ley, se expedirá el correspondiente certificado.”

Establecido así el régimen legal sobre el tema que nos ocupa, debemos, ahora, determinar si entre las disposiciones transitorias del Proyecto antes transcritas existe la debida conexión con el texto legal habilitante, de modo que en cualquier caso quede garantizado que su contenido se está desarrollando dentro de los límites de la facultad reglamentaria conferida por la ley. Para ello, conviene que analicemos, por separado, los supuestos que pueden producirse y la regulación que, al respecto, se prevé en el Decreto.

En primer lugar tendríamos las Academias constituidas al amparo de lo previsto en LARM, pero que no han podido aún ser inscritas al no haberse puesto en marcha el Registro de Academias. A este supuesto parece atender la Disposición transitoria primera, aunque lo hace de forma confusa, al contemplar también a aquellas Academias creadas con anterioridad a la LARM, pero que sus Estatutos no presentaran divergencias con el texto legal. Como esta segunda posibilidad no encontraría amparo legal, tal como veremos más adelante, conviene dar una nueva redacción a esta Disposición en los siguientes términos:

“Disposición transitoria primera. Inscripción de las Academias creadas al amparo de la Ley de Academias de la Región de Murcia.

Las Academias que, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, hubieran sido creadas al amparo de la Ley 2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia, serán inscritas de oficio en el plazo de un mes a contar desde dicha entrada en vigor”.

En segundo lugar, nos encontraríamos con aquellas Academias preexistentes a la LARM, para las que la Disposición transitoria única del citado texto legal, contiene una regulación tanto en lo que se refiere a la adaptación de sus Estatutos como a su posterior inscripción.

En relación con el proceso de adaptación estatutaria estas Academias, a la entrada en vigor de la LARM (22 de abril de 2005), disponían de un plazo de seis meses, para adaptar sus Estatutos al contenido de la Ley, cuando existiese “discordancia” entre aquéllos y los preceptos legales. El plazo de adaptación se encuentra, pues, vencido, y para reabrirlo (que no prorrogarlo, puesto que no se puede prorrogar lo que no existe), sería necesario que así se estableciese en una norma con rango legal. La Disposición transitoria

segunda del Proyecto, si bien no reabre ni prórroga expresamente el plazo de adaptación, sí introduce, en los términos en los que aparece redactada, un elemento de ambigüedad que podría crear en los operadores jurídicos la falsa creencia de que el plazo legal sigue aún abierto.

Por otro lado, este proceso de adaptación estatutaria sólo debía llevarse a cabo si se detectaban “discordancias”, y la redacción del primer párrafo de la Disposición transitoria de la Ley permite entender que –en principio– la existencia o no de esa “discordancia” se apreciaría por la propia Academia, pero, obviamente, dicha valoración debe ser constatada por la Administración. Aunque esta última circunstancia no esté explícitamente contemplada en el texto legal, encontraría cobertura en el último párrafo de la tan repetidamente mencionada Disposición transitoria, puesto que la comprobación de la adaptación de los Estatutos a la Ley no tiene, forzosamente, que llevarse a cabo sobre un texto nuevo; puede efectuarse sobre el texto anterior a la promulgación de LARM, si se ha considerado que no existe divergencia.

Con los Estatutos adaptados –cuando ello haya sido necesario– o con su redacción originaria –por haber considerado innecesario su reforma– las Academias vienen obligadas por el párrafo segundo de la Disposición transitoria de LARM a solicitar su inscripción en el Registro de Academias que la propia Ley creaba, aunque difiriendo su organización y funcionamiento a un posterior desarrollo reglamentario. La obligación de solicitud de inscripción no está sometida a plazo legal. Solicitada la inscripción, el encargado del Registro deberá comprobar la adecuación de los Estatutos a LARM, y sólo en el caso de que aquella se dé, procederá a la inscripción y expedición del certificado. Vemos, pues, que, en cualquier caso, el acceso al Registro de las Academias creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LARM, se produce a instancia de la propia Academia, careciendo, por lo tanto, de cobertura legal la inscripción de oficio que se prevé en la Disposición Transitoria primera del Proyecto en lo que respecta a este tipo de Academias.

En conclusión, al día de la fecha las Academias preexistente a la LARM deben de haber examinado sus normas estatutarias, adaptándolas, en su caso, a los preceptos legales, y pueden o no haber solicitado su inscripción en el Registro de Academias. Y es precisamente esta dispar situación en la que puedan encontrarse este tipo de Academias en relación con su inscripción, la única sobre la que el Proyecto puede y debe establecer un régimen transitorio. Así, para aquellas que hayan solicitado la inscripción, puede establecer que el plazo de seis meses para resolver y notificar sobre la solicitud de inscripción a la que se refiere el artículo 8.3 del Proyecto, empezará a contar desde su entrada en vigor, una vez aprobado. O, si así se estima más oportuno, se puede establecer un plazo específico para resolver sobre dichas solicitudes. En relación con aquellas otras que no hayan solicitado su inscripción (pero, no lo olvidemos, que sus Estatutos se adapten a la LARM, porque su contenido no presentaba divergencias con ella o porque teniéndolas se han subsanado mediante una reforma estatutaria), el Proyecto puede establecer un plazo para que se deduzca la solicitud de inscripción, que parece lógico que sea el de un mes para hacerlo coincidir con el que el artículo 8.2 del propio Proyecto fija para las solicitudes de inscripción de todos aquellos actos distintos a la creación de una Academia.

Se propone la siguiente, o similar, redacción de una segunda Disposición transitoria:

“Disposición transitoria segunda. Inscripción de las Academias preexistentes a la entrada en vigor de la Ley de Academias de la Región de Murcia.

1. Las Academias creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia, cuyos Estatutos no presenten discordancia con el texto legal, o presentándola hayan sido modificados para su adaptación, deberán solicitar su inscripción en el Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor del presente Decreto.

2. Si las Academias que encontrándose en la situación descrita en el apartado anterior, ya hubiesen solicitado su inscripción en el Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se les aplicará el artículo 8.3, empezando a contar el plazo de seis meses que en dicho precepto se contempla, a partir de la citada entrada en vigor”.

Todo lo anterior no excluye que las Academias que aún no lo hayan hecho puedan y deban adaptar sus Estatutos a las previsiones de la LARM. En efecto, aunque el texto legal no señale ninguna consecuencia expresa a la no adaptación transcurrido el plazo legal, la única indirecta que se infiere de la interpretación sistemática de LARM es la prevista en el artículo 30, es decir, la prohibición para utilizar la denominación de “Academia” para las no inscritas en Registro (y no podrán estarlo las que no hayan adaptado sus Estatutos), y el hecho de que sólo los miembros de las Academias “*reguladas en la presente Ley*” puedan utilizar el título de “académico”. Vemos, pues, que aun con estas limitaciones, las Academias que no hayan adaptado sus Estatutos no se han extinguido y, por lo tanto, nada impide que lleven a cabo una modificación de sus Estatutos y procedan a su inscripción por el procedimiento ordinario previsto legal y reglamentariamente para cualquier modificación Estatutaria. En tanto no lo hagan se verán privadas de usar el término Academia, para la entidad, y el título de académico, para sus miembros.

X. La Disposición final incluye una cláusula de entrada en vigor inmediata que limita, sin justificación aparente para ello, no solo la posibilidad material de conocimiento de la norma, sino también la realización de las tareas administrativas que resulten necesarias para la puesta en marcha del Registro de Academias; lo que supone un incumplimiento de lo establecido en las Directrices sobre técnica normativa antes citadas. Se sugiere introducir una *vacatio legis* por el tiempo que la Consejería proponente considere adecuado para garantizar la puesta en funcionamiento del Registro y el conocimiento por sus destinatarios del contenido del Decreto.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- El procedimiento de elaboración de la norma se ha atendido a las reglas legalmente previstas, sin perjuicio de que se atienda la observación contenida en el apartado c) de la Consideración Segunda, en relación con la necesidad de elaborar un estudio económico sobre la norma, con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

TERCERA.- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico; no obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

– La que se efectúa en relación con la denominación en el Proyecto del Registro de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con el fin de que se ajuste al que se prevé en la LARM (Consideración Quinta, I).

– La que se indica sobre el contenido del artículo 2.1, en la medida que viene a establecer una exención sobre una tasa que excede el rango normativo del Proyecto (Consideración Quinta, IV).

– La relativa a la necesidad de que el plazo que se fija en el artículo 8.3 lo sea para resolver y notificar (Consideración Quinta, VIII).

– Las que se indican en el apartado IX de la Consideración Quinta respecto de las Disposiciones transitorias del Proyecto, de modo que no quede duda sobre su adecuación a la LARM.

CUARTA.- El resto de observaciones podrían contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 156/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. V. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Consultante: Consejero de Industria y Medio Ambiente (2005)

Fecha: 19/11/07

Extracto de Doctrina

Hemos de recordar lo señalado en nuestro Dictamen nº 40/2000 acerca de que la demora en la tramitación de los procedimientos no es, de por sí, causa suficiente para apreciar la existencia de lesión, al igual que lo ha declarado el Consejo de Estado (Dictamen nº. 2445/1998, de 1 de octubre).

ANTECEDENTES.

PRIMERO.- El 16 de febrero de 2006 se presenta en el registro de entrada de la Delegación del Gobierno en Murcia escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Administración regional, por D. M. V. G., en nombre y representación de la mercantil M. V. S.L., por la demora en la tramitación del expediente X por parte de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, hoy perteneciente a la Consejería de Economía, Empresa e Innovación, así como por la pérdida o extravío del citado expediente con la consiguiente imposibilidad de acceso a los documentos obrantes en el mismo, lo que le ha ocasionado, según refiere, pérdidas económicas, y daños anímicos y morales, derivados de no poder ejercer la actividad industrial.

Acompaña a su solicitud fotocopia del oficio remitido por el citado centro directivo al interesado (Doc. 1), en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

“1.- La empresa “M. V. S.L”, figura inscrita en el Registro de Establecimientos Industriales de esta Dirección General, con número X, ubicada en la nave X, Polígono Industrial M. de Cehegin.

2- La citada inscripción fue practicada con fecha 18 de enero de 2000, una vez subsanadas por usted o por su representante, las deficiencias de que adolecía la instancia y demás documentación técnica presentada por su empresa el día 8 de septiembre de 1998, y tras haberle requerido en tal sentido esta Dirección General mediante oficios de 3/02/99, 16/06/99, 4/08/99 y 10/12/99.

El tiempo transcurrido desde la solicitud de inscripción de su empresa en el Registro de Establecimientos Industriales y la obtención de ésta, se debió, pues, a causas ajenas a la Administración e imputables a las deficiencias de la documentación aportada por usted.

3.- Mediante escrito de 27 de febrero de 2002, solicitó usted de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, que se le remitiera fotocopia de todos los oficios obrantes en el expediente X relativo éste a la inscripción de su industria, pero no fotocopia íntegra del expediente. Es decir, solicitó copia de aquellos oficios en los que la citada Dirección General le requería para subsanar las deficiencias de la documentación.

En respuesta a este último escrito, se le informó que no era posible satisfacer su solicitud ya que no se había podido localizar el citado expediente en el archivo donde debía estar guardado. No obstante ello, sí se le facilitaron las fechas de los referidos oficios.

4.- Es más tarde cuando, mediante escrito de 28 de enero de 2003 (recibido en la Dirección General el 13 de febrero), D. J. M. G. M., en nombre de M. V. S.L, solicitó, entre otras cosas, copia del referido expediente, a lo que se le contestó mediante oficio de 19 de febrero de 2003, y una vez encontrado aquél, que podía tomar vista del expediente y obtener copia del mismo, extremo éste que se materializa el día 5 de marzo de 2003, según consta en la Diligencia de comparecencia extendida a este efecto.

5.- Lamentamos la tardanza en localizar el citado expediente, debido sin duda a un problema coyuntural en el sistema de archivo de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, posiblemente motivado por el ingente número de expedientes que ésta tramita al año (unos 70.000), y las molestias que ello le haya podido producir. Por lo demás, como ya le hemos indicado en el apartado 2 de este escrito, la inscripción de su industria se dilató en el tiempo debido a la existencia de deficiencias en la documentación técnica aportada, cuya subsanación le fue requerida por esta Dirección General en diversas ocasiones, mediante los oficios de fechas ya reseñadas”.

SEGUNDO.- El 30 de marzo de 2006 la titular de la Secretaría General (por delegación) dicta resolución por la que se acuerda el inicio de la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, nombrando a la instructora, a la vez que comunica al reclamante el plazo máximo para resolver, según el artículo 13.3 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en lo sucesivo RRP). También le requiere para que complete la solicitud, y subsane las deficiencias advertidas, con la documentación que se le indica, si bien, intentada la notificación de la precitada resolución al

domicilio del reclamante, es devuelta el 5 de abril de 2006 por ser desconocido. Intentada una segunda notificación el 12 de abril, es recibida el 22 siguiente.

TERCERO.- El 5 de mayo de 2006, D. J. M. B. R., en su condición de mandatario verbal de D. M. V. G., Administrador Único de la mercantil reclamante (en lo sucesivo la reclamante o la interesada), aporta los documentos que figuran en los folios 118 y ss., así como propone prueba documental y testifical; en cuanto a la concreción del daño alegado manifiesta:

“Los daños y perjuicios ocasionados por mi mandante (debe existir un error), se derivan de la demora en la tramitación del expediente, impidiendo de este modo, que la empresa que representa el Sr. V. pueda ejercer su actividad y producir los ingresos necesarios para hacer frente a todos los gastos. De modo tal que, que el mismo no pudo pagar los gastos de inversión y arrendamiento de la nave, siendo desalojados de la misma. Añadiendo el embargo del Banco de Murcia, de la Seguridad Social, del Ayuntamiento, la pérdida de la subvención, pagos a los proveedores, etc., produciendo la ruina total del Sr. V., padeciendo este último una depresión de carácter recurrente, a causa de los hechos relatados.

A la paralización de la actividad industrial en la demora de la tramitación del expediente, añadimos el hecho de la pérdida del expediente en cuestión, y de la documentación que obra en el mismo, toda vez que desde la fecha 27-02-02, hasta el 5-03-03, durante más de un año, la Administración no le ha permitido examinar el citado expediente, a pesar de los reiterados requerimientos. Consecuencia de ello es que no ha podido ejercitar las acciones correspondientes contra las personas responsables de las demoras, sea la propia administración y personas ajenas a esta, irrogando daños y perjuicios derivados de la prescripción de las acciones, así como la imposibilidad de ejercitar los derechos del reclamante o defender sus intereses legítimos, deviniendo el mismo en la absoluta desprotección y como consecuencia de ello en la ruina económica e incluso en la enfermedad”.

CUARTO.- El Jefe de Servicio de Industria de la Dirección General de Industria, Energía y Minas emite informe el 24 de abril de 2006, en el que hace constar:

“La tardanza de la tramitación del expediente X, como se desprende del estudio del mismo, se debió a causa ajenas a la Administración e imputables a deficiencias de documentación aportada por el titular.

En cuanto a la solicitud de la copia de los oficios, de fecha 27 de febrero de 2002, se entiende que está suficientemente aclarado en el escrito del Director General anteriormente citado, pero esta tardanza no puede causar daños y perjuicios, como consecuencia de las pérdidas económicas sufridas, además de daños anímicos y morales evaluables económicamente, derivados de no poder ejercer la actividad industrial ya que dicha actividad figuraba inscrita desde el 18 de enero de 2000, más de dos años antes de solicitar la copia de los oficios.

Por último, la copia del expediente por parte del titular fue solicitada mediante escrito de fecha 28 de enero de 2003, con registro de entrada de fecha 13 de febrero, con fecha 19 de febrero se le comunicó que podía tomar vista y obtener copia del mismo, materializándose con fecha 5 de marzo de 2003.

En definitiva, por diversos motivos, entiendo que en ningún caso tiene sentido exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, en el primero porque la tardanza es achacable al propio interesado, en el segundo porque de la no obtención de las copias de

los oficios no se desprenden daños relacionados con la imposibilidad de poner en servicio la industria, tal y como se reclama, y en el tercero porque desde la solicitud de copia del expediente hasta la obtención de la misma transcurre menos de un mes”.

QUINTO.- El 14 de noviembre de 2006 (registro de salida) se notifica a la parte interesada la resolución motivada de la instructora del procedimiento, por la que se inadmite la práctica de la prueba testifical propuesta, al estimar innecesaria la declaración testifical del reclamante y de su esposa, y de los funcionarios que instruyeron el expediente, al haber emitido informe el Jefe de Servicio responsable de la misma.

SEXTO.- Otorgado trámite de audiencia a la mercantil reclamante, presenta alegaciones D. J. M. B. V., en su condición de mandatario verbal de D. M. V. G., quien sostiene que ha quedado acreditado que el daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público, que se traduce en la negligencia de la Administración en la custodia de documentos, y retraso en la tramitación de la inscripción de la empresa en el Registro de Establecimientos Industriales desde la presentación de la solicitud, el 8 de septiembre de 1998. A lo anterior añade la concurrencia de causas en la producción del daño, como la posible responsabilidad del ingeniero autor del proyecto, que traduce en una moderación de la responsabilidad, imputando a la Administración el 50%. Finalmente, en cuanto a la cuantía reclamada, señala que asciende al citado porcentaje del valor de las innumerables pérdidas económicas sufridas, además del daño personal y moral causado, que habrá de determinarse de conformidad con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 4 de abril de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), concretamente la relación de causalidad entre los hechos acaecidos con su efecto lesivo, y el funcionamiento de la Administración regional en la tramitación del expediente.

OCTAVO.- Con fecha 30 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

I. La reclamación ha sido planteada por persona legitimada, de conformidad con el artículo 139.1 LPAC, habiéndose aportado escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada “M. V. S.L”, en la que D. M. V. G. figura como Administrador Único. A la vista del sentido y finalidad del escrito de reclamación debe entenderse acumulada una

segunda acción por daños personales ejercitada, en su propio nombre, por el Sr. V. G.. Por el contrario, la representación del letrado actuante (D. J. M. B. R.), quien ha realizado, en su nombre, diversos trámites (escrito de alegaciones), no se ha acreditado en el presente procedimiento por cualquier medio válido en derecho, como exige el artículo 32 LPAC, salvo que conste con anterioridad en el centro directivo competente en materia de industria; dicha acreditación es más necesaria aún por la circunstancia de figurar otro letrado (D. J. G. M.) como representante de la mercantil en el expediente administrativo objeto de reclamación, mediante los poderes que dice acompañar al escrito presentado el 5 de febrero de 2003 (folio 22). En consecuencia habrá de acreditarse la representación del letrado actuante.

De otra parte, respecto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo competente la Dirección General de Industria, Energía y Minas, perteneciente a la Consejería de Economía, Empresa e Innovación, para la tramitación del procedimiento de puesta en servicio, e inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales, de la industria de artesanía del mármol de la mercantil interesada.

II. Analizadas las distintas actuaciones del procedimiento, se advierte que se ha seguido, en líneas generales, lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo máximo para resolver conforme a lo previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento.

TERCERA.- Sobre la prescripción de la acción.

En primer lugar habrá de examinarse si la acción de reclamación, presentada el 16 de febrero de 2006, ha sido ejercitada en plazo.

El artículo 142.5 LPAC establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción contado desde la producción del hecho, o el acto que motive la indemnización, o desde que se manifieste su efecto lesivo. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La reclamante atribuye la lesión a la demora en la tramitación del expediente relativo a la instalación y puesta en servicio de la industria de artesanía de mármol, y a su inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales (núm. X), así como a la pérdida o extravío del expediente ulteriormente.

Pero de adoptar como *dies a quo* ambas actuaciones, se coincide con el órgano instructor en que habría prescrito la acción de responsabilidad patrimonial por cuanto:

1º. La empresa M. V. S.L., fue inscrita el 18 de enero de 2.000 en el Registro de Establecimientos Industriales con el núm. X, sin que existiera ningún obstáculo para el ejercicio de la actividad industrial, desde el punto de vista de la normativa sectorial, desde la citada fecha, como reconoce D. M. V. G. en el escrito presentado ante el Ayuntamiento de Cehegín el 14 de febrero de 2000 (folio 144): “*Que con fecha 4 de febrero de 2000 ya he podido finalmente contratar con Iberdrola el suministro de energía eléctrica puesto que la Dirección General de Industria ya me ha concedido la inscripción correspondiente. Que ya tengo pedidos realizados y estoy empezando a trabajar (...)*”.

En consecuencia, la acción presentada 6 años después de su inscripción habría prescrito respecto a los daños materiales alegados, puesto que si la actuación anómala que se imputa a la Administración hace referencia al retraso en la inscripción en el correspondiente Regis-

tro, debe considerarse que en el momento que se inscribe cesa el daño y, por lo tanto, puede ser ejercitada la acción de responsabilidad. Desde esta perspectiva pueden ser conceptuados como unos daños continuados (Dictamen núm. 73/1999 del Consejo Consultivo Andaluz), que cesan cuando tiene lugar la actividad pretendida.

2º. Respecto a la segunda actuación que se atribuye a la Administración, la pérdida del expediente en el año 2002, cuando solicitó el representante de la mercantil copia de todos los oficios del expediente, y se le indicó el 19 de septiembre del mismo año que no se podía atender su petición por no encontrarse el expediente en la ubicación en que debería estar en el momento de su búsqueda, aunque sí se le notificó la fecha de los oficios remitidos, lo cierto es que el representante de la mercantil en aquel momento (D. J. M. G. M.) reiteró la solicitud de la copia del expediente el 5 de febrero de 2003 (folios 22 y ss.), advirtiendo que, de no localizarse ni reconstruirse el mismo, debería abrirse el oportuno expediente de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, el citado expediente sí se localizó finalmente en el archivo por el Servicio de Industria, lo que fue comunicado al representante de la mercantil el 19 de febrero de 2003 (registro de salida) para que tomara vista del expediente y obtuviera las copias correspondientes (folio 135), lo que efectivamente hizo el 5 de marzo siguiente (folio 9).

De lo expuesto se desprende que, a partir de la citada fecha (el 5 de marzo de 2003), la parte reclamante podría haber ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial, habiendo dejado transcurrir casi tres años, y sin que justifique qué acto o hecho considera como *dies a quo* para ejercitar la acción el 16 de febrero de 2006, pues el oficio que le remite el titular del centro directivo competente en materia de industria, de 16 de febrero de 2005, es meramente informativo, y en relación con un escrito anterior del interesado, de 8 de junio de 2004, dirigido al Presidente de la Comunidad Autónoma, cuyo contenido no obra en el expediente, pero que igualmente consta presentado fuera del año desde que el representante de la mercantil accedió al expediente íntegro (el 5 de marzo de 2003).

La determinación del momento en que la lesión efectivamente se produjo es un requisito que ha de contener el escrito de iniciación de la reclamación, según el artículo 6.1 RRP, por lo que de acuerdo con lo manifestado por la reclamante la acción habría prescrito, al haber transcurrido seis años, y tres años, aproximadamente, desde que se producen las actuaciones que se achaca a la Administración, de conformidad con lo señalado en el artículo 142.5 LPAC. Por otra parte, tampoco el interesado ha referido el "*dies a quo*" al momento de su curación o determinación de secuelas para considerar el criterio del cómputo del plazo previsto en el precitado artículo, último inciso, para los daños físicos o psíquicos. En este sentido consta que D. M. V. G. fue atendido por el Centro de Salud Mental de Caravaca en febrero de 2000, por presentar sintomatología depresiva, con antecedentes de otro episodio anterior (folio 229).

No obstante, entre la documentación que se adjunta al escrito de alegaciones, figura el informe clínico de 7 de octubre de 2005 (folio 229), en el que se recoge la evolución de la sintomatología depresiva del citado, y se constata su ingreso en el Hospital Román Alberca (folio 230), siendo dado de alta el 10 de mayo de 2005, así como que la última revisión data de 3 de octubre de 2005. Lo anterior permitiría sostener, respecto a los daños personales, la temporaneidad de la acción de reclamación, por lo que se considera acertado que el órgano instructor entre a considerar la concurrencia en el presente supuesto de los restantes requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración, con fundamento

en el principio *in dubio pro actione* (por todos, nuestro Dictamen núm. 8/2004), como el de eficacia (artículo 103.1 CE), que ha de inspirar la actuación de la Administración, en relación con la obligación de resolver todas las cuestiones planteadas por los interesados, o que deriven de ellas (artículo 89.1 LPAC).

En otro orden de ideas, sobre la falta de contestación al escrito de 5 de febrero de 2003, y los efectos del silencio administrativo, citados en la propuesta de resolución, conviene precisar que la Administración sí contestó a dicha petición, poniendo a disposición del representante de la mercantil el expediente, y que la responsabilidad patrimonial de la Administración, que se anunciaba en aquel escrito, se condicionaba a que no se localizara el mismo. En todo caso también conviene recordar la doctrina en virtud de la cual no cabe esgrimir el silencio administrativo a favor de la Administración para alegar la prescripción de la acción, en la medida que el silencio administrativo es una ficción legal para que el administrado pueda llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración, sin que pueda calificarse de razonable una interpretación que prime la inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si se hubiera resuelto expresamente (por todas STC núm. 39/2006, de 13 de febrero).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la Administración regional.

Conforme al artículo 139 LPAC la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el presente supuesto la reclamante sitúa una de las causas generadoras de los daños en una inactividad, concretamente en la demora en la autorización e inscripción de la industria de mármol, y la otra en la pérdida del expediente que denotaría un funcionamiento anómalo de la Administración regional.

Presupuesto para entrar a considerar la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial, es la concreción de los hechos probados en el expediente:

1º. Respecto a la tardanza en la autorización e inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales de la industria de mármol.

Prima facie conviene concretar a qué procedimientos se refiere la reclamante, que cita en el escrito de reclamación el procedimiento de autorización e inscripción de la industria, si bien dicha actividad no está sometida a autorización previa del centro directivo competente, de acuerdo con la Ley estatal 21/2002, de 16 de julio, de Industria, que estableció el principio de libertad de establecimiento para las instalaciones, sino al procedimiento para su puesta en servicio e inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales, conforme a lo establecido en el Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, de liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado, y Orden del Ministerio de 19 de diciembre de 1980. En dicho procedimiento, existen dos fases para la presentación de la documentación: la primera en la que el documento principal es el proyecto, y la segunda, una vez realizada la obra correspondiente, esencialmente el certificado final de obra, que debe comunicarse a la Administración para la puesta en funcionamiento de la Industria y proceder a su inscripción en el Registro (artículo 2 del RD 2135/1980).

De acuerdo con el informe del Jefe de Servicio de Industria (folios 179 y ss.), contrastado con la documentación obrante en el expediente, la interesada solicitó la inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales el 8 septiembre de 1998 (folio 78), aportando como documentación la fotocopia compulsada de la escritura de constitución, impresos de

inscripción en el Registro Industrial y proyecto suscrito por técnico titulado y visado por el colegio profesional correspondiente. Posteriormente, el 19 de julio de 1999 presentó la certificación final de la obra, siendo requerido en varias ocasiones por la Jefa de Sección de Ordenación Industrial para que subsanara y completara la documentación (folio 181), presentando finalmente el 22 de diciembre de 1999 (folio 26) nuevo certificado de final de la obra, y del boletín del instalador, siendo seguidamente inscrita en el Registro citado el 18 de enero de 2000, con el núm. X.

2º) Respecto a la pérdida temporal del expediente.

Dos años después de la inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales, el 27 de febrero de 2002, la sociedad solicita de la Dirección General de Industria, Energía y Minas fotocopia de todos los oficios del expediente (folio 18), obrando una contestación del citado centro directivo de 19 de septiembre de 2002, que señala:

“Que consultados los archivos de esta Dirección General de Industria, Energía y Minas, existe una empresa inscrita con el número X desde el 18/1/2000, a nombre de “M. V., S.L.”, ubicada en “Nave X”, del Polígono Industrial “M. de Cehegín”. No nos ha sido posible satisfacer la solicitud de realizar copia de documentos del expediente, por no encontrarse el mismo en la ubicación en que debería estar archivado en el momento de su búsqueda.

No obstante, queda como consecuencia de la tramitación del mismo la siguiente secuencia de actos administrativos que concretamos en la relación:

Inicio a instancia del interesado el día 8/09/98.

Oficio administrativo el día 3/02/99.

Contestación con subsanación de oficio el día 7/06/99.

Oficio administrativo el día 16/06/99.

Contestación con subsanación de oficio el día 20/07/99.

Oficio administrativo el día 4/08/99.

Contestación con subsanación de oficio el día 26/08/99.

Oficio administrativo el día 10/12/99.

Inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales el día 18/01/2000.

Lo que se informa para que surtan los efectos oportunos”.

A este respecto el Jefe de Servicio de Industria manifiesta que, tras una intensa búsqueda, no se localizó el expediente en su lugar del archivo, si bien dicha labor se vio dificultada por la existencia de 200.000 expedientes archivados, y una apertura anual de 15.000 expedientes. También indica que el oficio transcrito se realizó tras mantener numerosas conversaciones telefónicas con algún representante de la mercantil interesada, y llegar al acuerdo de facilitarles, al menos, las fechas de los oficios y de las contestaciones (folios 15 y 16).

La siguiente actuación de la mercantil interesada consistió en reiterar su petición de copia del expediente el 13 de febrero de 2002, a través de su representante, al mismo tiempo que dirige un escrito a la Presidencia de la Comunidad Autónoma, quejándose de su pérdida, y solicitando una entrevista personal, si bien el citado expediente es localizado finalmente, lo que se comunica al representante de la mercantil el 19 de febrero de 2003 (registro de salida), que retira las copias del expediente el 3 de marzo siguiente, según diligencia de comparencia (folio 9).

A las anteriores actuaciones anuda la mercantil reclamante la responsabilidad patrimonial.

QUINTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

El núcleo de la cuestión que suscita el presente expediente es la existencia o no de nexo causal entre las actuaciones de la Administración y el resultado dañoso, dado que, conforme al artículo 139.1 LPAC, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal, o anormal, de los servicios públicos.

Analizados los hechos, se coincide con la propuesta de resolución en que:

1º) La tardanza en la tramitación del expediente X se debió a causas ajenas a la Administración, e imputables a deficiencias de la documentación aportada por el titular, como viene a reconocer en cierto modo el mandatario verbal de la mercantil, al afirmar, en el escrito de alegaciones, que no puede atribuirse la responsabilidad al 100% a la Administración, variando su posición inicial y admitiendo entonces una concurrencia de culpas con el técnico autor del proyecto. Pero la parte de culpas que atribuye a la Administración (50%) tampoco ha sido probada, si se tiene en cuenta que, en ningún momento, se ha cuestionado por la mercantil reclamante la pertinencia de los oficios remitidos por la Administración para que subsanara y completara la documentación, tras la presentación del certificado final de obra –requisito *sine qua non* para la puesta en funcionamiento e inscripción–, que data de 19 de julio de 1999, y no de 8 de septiembre de 1998, como se ha indicado en la anterior Consideración.

A este respecto hemos de recordar lo señalado en nuestro Dictamen núm.40/2000 acerca de que la demora en la tramitación de los procedimientos no es, de por sí, causa suficiente para apreciar la existencia de lesión, al igual que lo ha declarado el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2445/1998, de 1 de octubre). En el mismo sentido el Consejo Consultivo Andaluz, en su Dictamen núm. 73/1999, ya citado.

En el presente caso no puede deducirse que la dilación del citado procedimiento pueda calificarse de irregular, de acuerdo con los criterios expresados por el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 144/2005, de 3 de octubre), en tanto la empresa no estuvo inscrita por causas imputables a un retraso de la Administración, sino a la presentación del certificado final de la obra del técnico competente, que pusiera de manifiesto la adaptación de la obra al proyecto, y el cumplimiento de las condiciones técnicas y prescripciones reglamentarias que en su caso correspondan (artículo 2.III y IV del RD 2135/1980, ya citado); en tal sentido la mercantil presenta el nuevo certificado final de la obra y boletín del instalador el 22 de diciembre de 1999, procediéndose a continuación a la inscripción de la instalación en el Registro de Establecimientos Industriales el 18 de enero de 2000, con el núm. X.

En consecuencia, el Consejo Jurídico no aprecia la vinculación causal entre el evento lesivo invocado por la mercantil reclamante y el funcionamiento de la Administración, al no serle imputable el daño por las razones antes expresadas.

2º) Con respecto a la imposibilidad de acceder al expediente administrativo en un momento determinado, por su extravío temporal, se puede afirmar, sin género de dudas, que denota un funcionamiento anómalo del servicio público, aunque posteriormente fuera

subsano por la Administración, y puesto a disposición de la mercantil interesada, cuyo representante retiró copias del mismo el 3 de marzo de 2003.

A este respecto, la LPAC reconoce el derecho de los administrados a obtener copias de los documentos de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados (artículo 35,a LPAC).

Por lo tanto, se coincide con la instructora en que, temporalmente, hubo una imposibilidad de obtener copias de los oficios reclamados, debido, según el informe suscrito por el Director General de Industria, Energía y Minas, de fecha 16 de febrero de 2005 “a la existencia de algún problema coyuntural en el sistema de archivo de dicha Dirección General”; sin embargo, lo cierto es que dicho problema se solventó posteriormente, y el representante de la mercantil tuvo la posibilidad de acceder al mismo, haciendo uso de su derecho.

Pero el reconocimiento de tal retraso no libera al administrado de acreditar la existencia de un perjuicio real y efectivo derivado de tal actitud administrativa (STS, Sala 3ª, 9 de mayo de 2006), como requisito exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial, sin que la mercantil reclamante haya acreditado que el retraso en proporcionarle las copias del expediente incidiera en el ejercicio de la actividad industrial como afirma, pues ésta podía ejercitarse desde el año 2000. Por ello puede afirmarse que la mercantil reclamante no ha acreditado el daño que alega (no poder realizar la actividad industrial), en relación con esta actuación que fue posterior. Tampoco ha probado la interesada que dicho retraso le haya irrogado perjuicios por la prescripción de acciones (Antecedente Tercero), y en relación con la presente acción de responsabilidad patrimonial, cuando solicitó copia de los oficios (en febrero de 2002), ya había transcurrido más de un año desde la inscripción de la instalación en el Registro de Establecimientos Industriales.

Por último también se constata en el expediente que el servicio responsable intentó remover los obstáculos que dificultaban el ejercicio de este derecho de los administrados, facilitando por escrito, de común acuerdo con el representante de la mercantil, según afirma, sin que haya sido cuestionado este extremo por la parte reclamante, las fechas de los oficios obrantes en el expediente, así como la de su inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales, aun cuando dicha información pudiera ser insuficiente para la mercantil interesada en aquel momento, lo que tampoco ha acreditado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, cabe sostener la prescripción respecto a los daños materiales alegados. En cuanto a los daños personales la parte reclamante, a quien incumbe, no ha acreditado el *dies a quo* para su ejercicio; ni tampoco el mandatario verbal de la mercantil la representación que dice ostentar, por cualquier medio válido en derecho.

SEGUNDA.- Respecto a los restantes requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución por cuanto tampoco se ha acreditado, concretamente, la relación de causalidad entre los daños personales alegados y el funcionamiento del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 157/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Concesionarios de Televisión Digital Terrestre de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas (2003)

Fecha: 19/11/07

Extracto de Doctrina

Las Comunidades Autónomas pueden establecer normas de desarrollo para ser aplicadas a la prestación de los servicios públicos de TDT. En este contexto, el establecimiento de un sistema de publicidad registral sobre los títulos habilitantes de dicha actividad y las entidades prestadoras de estos servicios públicos, constituye una opción normativa válida

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente remitido consta de una Propuesta de iniciación del procedimiento para la aprobación de un Decreto regulador del Registro de Concesionarios de Televisión Digital Terrestre de la Región de Murcia y la atribución de competencias de inspección y sancionadoras en esta materia a los órganos de la Administración regional; dicha propuesta fue elaborada por la Secretaría de Comunicación Audiovisual y de los Servicios de la Presidencia, en ejercicio de las competencias atribuidas por el Decreto 75/2006, de 5 de mayo, relativas a la planificación, ordenación, implantación, coordinación, gestión y el control técnico e inspección en materia de radiodifusión y televisión y las infraestructuras de ambas.

A esta propuesta se unía una Memoria elaborada el 13 de julio de 2006 sobre el Proyecto de Decreto, que justifica la necesidad de crear un Registro de concesiones de Televisión Digital Terrestre (TDT) en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, una vez culminado el proceso de concesión de la explotación, tanto directa como indirecta, del servicio público de TDT de cobertura autonómica y local, siendo indispensable que la Comunidad Autónoma realice funciones de control e inspección de las condiciones de la prestación de este servicio público, incluyendo en el Registro tanto el régimen de gestión indirecta como el de explotación directa del servicio, con el propósito de someter el mismo régimen de inscripción a todas las entidades públicas y empresas privadas de la Región de Murcia a las que se haya otorgado la explotación de un canal de TDT de cobertura autonómica o local; y ello ante la necesidad de tener un conocimiento permanente y actualizado sobre el estado y situación de los servicios de difusión televisiva que permita el control de las concesiones otorgadas para la prestación de estos servicios y, al mismo tiempo, facilitar el acceso de los ciudadanos a la información sobre las mismas. Además, se estima necesario determinar los órganos de la Administración regional encargados de ejercer las potestades de inspección y sancionadora en la materia.

La citada propuesta se acompaña también de un informe en el que se expresa que, desde un aspecto económico-presupuestario, el anteproyecto sometido a examen no comporta la creación de “nuevos servicios”, siendo los actualmente existentes suficientes para la correcta y adecuada llevanza del Registro que se crea.

SEGUNDO.- Mediante oficio de 18 de julio de 2006 se remite el texto de un primer borrador de “*Proyecto de Decreto por el que se regula el registro de concesionarios de TDT de la CARM y se atribuyen competencias de inspección y sancionadoras en materia de TDT por ondas terrestres*”, a diferentes entidades interesadas; entre otras, a diversas empresas y asociaciones de empresas del sector audiovisual de ámbito regional, Administración del Estado, Cámaras de Comercio regionales, sindicatos, asociaciones y Colegios Profesionales, y a las Consejerías que pudieran verse afectadas, para que en el plazo de 15 días formulen las observaciones que estimasen oportunas.

TERCERO.- A la vista de las alegaciones e informes recibidos en el trámite de audiencia, la Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas realizó una valoración de las mismas; respecto a las consideraciones emitidas por algunas entidades y/o asociaciones, referidas a la numeración y denominación de los capítulos, éstas se estiman acertadas; y en lo relativo a la falta de alusión, dentro del régimen sancionador, a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de TV Privada, a que hace referencia la Asociación de Productores Audiovisuales de la Región de Murcia y la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, el informe emitido por la Asesoría justifica su falta de alusión, indicando que, en el artículo 10.2 (“*Potestades inspectoras y sancionadoras*”) del capítulo III del Proyecto de Decreto, se señala que el régimen jurídico aplicable a la prestación del servicio será el establecido en el Real Decreto 945/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la prestación del Servicio de la TV Digital Terrestre; y éste, a su vez, hace referencia a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de TV Privada, a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, a la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de TV Local por ondas terrestres, a la Ley 25/1994, de 12 de julio, y a la Directiva 81/552/CEE (cuerpo normativo que contiene el régimen sustantivo aplicable, incluyendo el sancionador).

Por otro lado, el informe remitido por T. M. S.A. propugna el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro; sin embargo, el informe de valoración de las observaciones señala que el acto que habilita para el ejercicio de la actividad es el de la concesión otorgada por la Administración; por último y respecto al resto de puntualizaciones, son meras aclaraciones o matizaciones al texto, siendo los restantes informes favorables.

CUARTO.- Con fecha 18 de septiembre de 2006, el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia emite informe en el que se realizan algunas observaciones de mejora técnica del borrador, que son tenidas en cuenta para la elaboración de uno nuevo.

QUINTO.- El nuevo borrador de Decreto fue remitido a la Dirección de los Servicios Jurídicos en solicitud de su preceptivo informe, acompañando uno del Coordinador de Servicios de la citada Secretaría General, como equivalente al preceptivo informe final del Vicesecretario de la Consejería proponente.

SEXTO.- El 14 de diciembre de 2006 se emite el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos con carácter favorable al texto remitido, no obstante la conveniencia de introducir algunas modificaciones puntuales para la mejora técnica del Proyecto, y de estimar procedente su sometimiento a la consideración del Consejo Técnico Consultivo de Telecomunicaciones, creado por el Decreto regional 112/2000, de 15 de septiembre, y de completar la memoria económica con un estudio del coste de los nuevos servicios “*creados*” por la futura norma, aunque ésta no suponga la creación de nuevas unidades administrativas.

SÉPTIMO.- El 27 de diciembre de 2006, la Secretaría de Comunicación Audiovisual y de los Servicios de la Presidencia realiza algunas observaciones sobre el referido informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, de las que se destaca la relativa al informe del mencionado Consejo Técnico Consultivo, para indicar que este órgano se vincula a la competencia regional en materia de telecomunicaciones (asignada entonces a la Consejería de Industria y Medio Ambiente), que es distinta de la relativa a radiodifusión y televisión, asignada a dicha Secretaría y que constituye el objeto del Proyecto.

OCTAVO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 29 de diciembre de 2006, el Secretario General de la Presidencia y Relaciones Externas solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen.

NOVENO.- Por Acuerdo 2/2007, de 4 de enero, el Consejo Jurídico requirió al consultante para que completara el expediente remitido con su extracto e índice reglamentarios y para que se foliase dicho expediente, siendo ello cumplimentado a virtud de nuevo oficio registrado en este Consejo Jurídico el 23 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que constituye una norma reglamentaria de desarrollo de la normativa básica estatal en materia de régimen de televisión y, en concreto, de la normativa de rango legal a que se refiere el Real Decreto 945/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de prestación del Servicio de Televisión Digital Terrestre, que tiene asimismo carácter básico, según su Disposición Final Segunda.

SEGUNDA.- Contenido del Proyecto.

El Proyecto objeto de Dictamen, cuyo texto autorizado obra en los folios 149 a 161 del expediente remitido, consta de una Exposición de Motivos, 11 artículos, Disposición transitoria única y Disposición final primera (en rigor, Única).

Los artículos se dividen adecuadamente en un Capítulo I, dedicado a “*Disposiciones generales*”, un Capítulo II, que se ocupa del “*Registro de Concesionarios de Televisión Digital Terrestre*” y un Capítulo III, dedicado a la “*Inspección y sanción*” en materia de TDT. La Disposición transitoria única se refiere a la inscripción en el Registro de las concesiones ya otorgadas, y la Disposición final, a la entrada en vigor del Decreto.

TERCERA.- Competencia orgánica y procedimiento de elaboración.

I. Iniciado y tramitado el procedimiento normativo de referencia por la entonces Secretaría General de la Presidencia y Relaciones Externas, la competencia reside hoy en la Consejería de Presidencia, a virtud del Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia nº 24/2007, de 2 de julio. Por ello, el expediente deberá ser completado con el preceptivo informe de la Vicesecretaria de esta Consejería, y el proyecto de Decreto deberá ser elevado al Consejo de Gobierno, en su caso, por el titular de dicha Consejería.

II. En lo que atañe al procedimiento tramitado, puede decirse que se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido al respecto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Por otra parte, se echa en falta en el informe económico una mayor motivación, pues resulta excesivamente genérico. Cuando el artículo 53.1, último párrafo, de la citada Ley 6/2004 se refiere al estudio del *“coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiera”*, no se está aludiendo exclusivamente a la creación de nuevas unidades administrativas, sino a cualquier nueva actividad o prestación, aun de carácter burocrático, que vaya a originar la aprobación de la nueva norma. Así, en el caso, el nuevo servicio será la actividad administrativa tendente a inscribir o rechazar la inscripción de los documentos a que se refiere el Proyecto, e incluso la eventual inspección que el órgano gestor pueda desplegar sobre el cumplimiento de las obligaciones de inscripción por las empresas a las que se dirige la norma. Todo ello implica un coste económico para la Administración que ha de ser evaluado con criterios estimativos razonables, partiendo de la información disponible y señalando con algún grado de concreción los créditos presupuestarios destinados al efecto, nada de lo cual se hace en el informe en cuestión, por lo que éste debería ser completado, para tener así una adecuada instrucción en este punto.

Resulta acertada, en fin, la consideración que realiza el órgano consultante sobre la no obligatoriedad de someter el Proyecto al informe del Consejo Técnico Consultivo de Telecomunicaciones (Antecedente Séptimo), pues el Decreto regional creador de este Consejo lo configura como órgano de asesoramiento del Consejero competente en materia de telecomunicaciones (artículo 2), competencia que es distinta de la relativa a radiodifusión y televisión, como lo demuestra, a efectos organizativos internos, el diferente reparto competencial que al respecto efectúa el Decreto del Presidente nº 24/2007, antes citado, entre otras normas.

CUARTA.- Competencia autonómica y habilitación normativa.

Conforme al artículo 11 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias de *“prensa, radio y televisión y otros medios de comunicación social en el marco de las normas básicas que el Estado establezca de acuerdo con el número 27 del apartado uno del artículo 149 de la Constitución”*.

Por lo que se refiere a la normación básica estatal, la Exposición de Motivos del Real Decreto 945/2005, de 22 de julio, antes citado, señala que *“el régimen jurídico para la prestación del servicio de televisión terrenal con tecnología digital, al constituir una modalidad de prestación del servicio y no de un nuevo sistema de televisión, es el establecido, con carácter general, en las leyes reguladoras del servicio de difusión de televisión, esto es, la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, y la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, Reguladora del Tercer Canal de Televisión, en lo relativo a la gestión directa del servicio de televisión; en lo que afecta a la gestión indirecta del servicio de televisión por entidades privadas, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, y, en lo referido a los contenidos, la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/ CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y sus sucesivas modificaciones. Finalmente, también será de aplicación lo dispuesto en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, y sus sucesivas modificaciones”*.

Asimismo, la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, relativa al régimen jurídico de la TDT, estableció que dichos servicios de televisión podrían ser explotados a través de redes de frecuencia única o de multifrecuencia, de ámbito nacional, autonómico y, en su caso, local. En su apartado segundo se fija la necesidad de disponer del correspondiente título habilitante para la explotación de dichos servicios, cuyo otorgamiento corresponde a las respectivas Comunidades Autónomas si su ámbito es autonómico o local.

Por su parte, el citado Real Decreto 945/2005, que tiene carácter de norma básica, establece en el artículo 4 de su reglamento el régimen jurídico básico al que ha de sujetarse tanto la gestión directa como la indirecta, mediante concesión administrativa, de la prestación del servicio de TDT; en su artículo 3.2 reitera que el otorgamiento de las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de televisión digital terrestre por entidades privadas se realizará por el Estado si su ámbito es estatal, y por las Comunidades Autónomas si es autonómico o local; y en el 3.3 que los concursos para la adjudicación de las concesiones para la explotación del servicio de TDT se convocarán por el Consejo de Ministros o por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional anteriormente citada.

A partir del expresado cuerpo normativo básico y de la legislación de contratos del sector público, en cuanto ésta sea aplicable a la gestión directa o indirecta, mediante concesión, de los servicios públicos de TDT de ámbito infrautonómico, las Comunidades Autónomas pueden establecer normas de desarrollo para ser aplicadas a la prestación de tales servicios públicos. En este contexto, el establecimiento de un sistema de publicidad registral sobre los títulos habilitantes de dicha actividad y las entidades prestadoras de estos servicios públicos, constituye una opción normativa válida que complementa la regulación básica de referencia, pues no se opone a la misma y tiene como lícito objetivo posibilitar el conocimiento de aspectos que se consideran de interés público sobre tales servicios, como ya lo han hecho otras Comunidades Autónomas (Decreto 190/2006, de 3 de octubre, del País Vasco; Decretos 31/2006, de 31 de marzo, y 85/2005, de 29 de julio, de las Islas Baleares; Decreto 36/2006, de 21 de febrero, de Extremadura; Decreto 1/2006, de 10 de enero, de Andalucía; y Decreto 81/2005, de 14 de abril, de Galicia, entre otras).

QUINTA.- Observaciones para la mejora técnica del Proyecto.

Con el fin de clarificar y corregir algunas imprecisiones del Proyecto de Decreto sometido a Dictamen, se realizan las siguientes observaciones.

– Exposición de motivos.

Debe corregirse la sintaxis y completarse la redacción de su antepenúltimo párrafo. Así, por ejemplo: “...ante la necesidad de tener un conocimiento (...), se requiere disponer de un instrumento adaptado a las nuevas tecnologías que posibilite la consecución de estos objetivos, para lo cual se crea el Registro...”, o expresión análoga.

En su penúltimo párrafo, corregir: 1º) “digital terrestre, el cual establece...”; 2º) “prestación del servicio de televisión digital terrestre, lo que hace preciso...”.

– Artículo 1.

Completar: “atribución, al titular del Departamento (...), de las competencias de inspección...”.

Asimismo, y según lo expuesto en la anterior Consideración, no debería hacerse una referencia exclusiva al Real Decreto 945/2005, sino al *“régimen jurídico de la prestación del servicio de televisión digital terrestre establecido por la normativa vigente y, en especial, por el Real Decreto 945/2005...”*.

– Artículo 2.

En el número 3, completar: *“Centro Directivo de la Administración regional competente en materia...”*.

– Artículo 3.

El objetivo del Proyecto es, según se reitera en los informes emitidos por el órgano proponente y se corrobora en su artículo 3.1, incluir en el Registro la información relativa tanto a las entidades a las que se haya otorgado la gestión directa de un canal de TDT, como a las entidades concesionarias, por gestión indirecta, de esta clase de canales, así como el contenido más relevante de sus respectivos títulos habilitantes. Sin embargo, en el artículo 3.2, a), dedicado al Libro de inscripciones del Registro, se hace una referencia genérica y exclusiva a *“la concesión”* y a su titular. Como es sabido, en rigor, el término *“concesión”* se utiliza para referirse a la gestión indirecta del servicio, si bien, como se dice, no es este el sentido pretendido por el Proyecto, que emplea tal término para referirse a ambas clases de gestión, como lo demuestra su artículo 4.2, i) al referirse a *“los Ayuntamientos concesionarios en régimen de gestión directa del servicio público...”*, y su Disposición transitoria única que menciona las *“concesiones”* otorgadas para los canales gestionados en régimen de gestión directa. Para solventar tal contradicción interna y evitar dudas sobre el alcance del Proyecto, debería introducirse en el mismo la oportuna aclaración, como podría ser añadiendo un nuevo número 3 que disponga que, a los solos efectos del presente Decreto, por concesión se entenderá el título administrativo habilitante tanto para la gestión directa como indirecta de los servicios de TDT, sin perjuicio, claro está, de las peculiaridades inherentes a cada tipo de gestión (tal y como se viene a señalar en su artículo 4.2, primer párrafo).

– Artículo 4.

En su número 2, b), completar: *“copia autorizada de la escritura...”*.

En su número 2, f), aclarar: *“Las características técnicas de la concesión que tiene adjudicada...”*. La posterior referencia a la inscripción del *“contrato concesional”* a que se refiere la letra h), parece que pretende aludir a las condiciones jurídicas (y no técnicas) de la concesión. Ambos supuestos deberían estar agrupados y referirse, respectivamente, de un modo más claro, a la inscripción de las condiciones jurídicas y técnicas de la concesión o título habilitante, especificándose luego en cada apartado las condiciones, de una y otra índole, que se recogen en los preceptos comentados. En rigor, con la determinación de la inscripción del *“contrato concesional”* a que se refiere la mencionada letra h), se estaría obligando a inscribir todas las condiciones de la concesión, tanto las jurídicas como las técnicas, pues estas últimas, aunque formalmente puedan venir recogidas en un pliego técnico anexo, obviamente también constituyen parte del contrato (o de la resolución que otorgó la gestión directa, en su caso).

En la letra l), completar: *“La documentación acreditativa de las posibles vinculaciones empresariales...”*, o similar.

En las letras m) y n) se hacen unas exclusivas referencias a la forma de *“sociedad mercantil”* y al Registro Mercantil que parecen ser contradictorias con la mayor previsión

de formas de personificación jurídica que se desprende de la letra b) de dicho artículo (“*Registro Mercantil o Registro administrativo*” y “*socios, accionistas o patronos*”). Deben eliminarse tales contradicciones, recogiendo unas expresiones que permitan abarcar toda la tipología de personas jurídicas que, conforme con la legislación estatal básica aplicable en la materia, puedan prestar el servicio de TDT, en sus diferentes formas de gestión.

En el número 3 debe aclararse que con la mención de la “*autorización*” (como concepto distinto al de la “*concesión*”, que también se recoge), se pretende hacer referencia a las infracciones relativas a las autorizaciones de servicios de comunicación electrónica y a las autorizaciones para emitir con tecnología analógica que se mencionan, respectivamente, en las letras n) y r) del número 2 de este artículo; y también, en su caso, a otras eventuales autorizaciones en materia de TDT. Así, el comentado número 3 podría referirse a “*cualquier sanción firme por infracciones cometidas por los titulares de la concesión de servicios de televisión digital terrestre o por infracciones de dichos concesionarios relativas a las autorizaciones a que se refieren las letras n) y r) del número anterior, o relativas a otras autorizaciones en materia de TDT, en su caso, con expresión...*”. Se evitaría así una interpretación extensiva e improcedente del alcance del precepto que entendiéndose incluidas en el mismo infracciones de los concesionarios en materias distintas de las de referencia, lo que, por tal motivo, justifica que no deban ser objeto del Registro de que se trata.

– Artículos 5 y 7.

En el número 2 del artículo 5 y en el artículo 7 deben sustituirse las referencias a la Secretaría General de Comunicación Audiovisual y de los Servicios de Presidencia por la más genérica (y permanente) del Departamento (o Centro Directivo) competente en materia de radiodifusión y televisión.

En el citado número 2 del artículo 5, referido a la presentación de instancias, debería añadirse al final del párrafo: “*sin perjuicio de lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*”, para no limitar las posibilidades que tal ley y sus normas de desarrollo puedan ofrecer a los interesados en este aspecto.

– Artículo 6.

En su letra c), corregir: “*no se hayan cumplido las normas...*”.

– Artículo 10.

En el número 1, precisar: “*corresponde al Departamento de la Administración regional competente...*”.

– Artículo 11.

En el número 3, corregir: “*en materia de radiodifusión y televisión; por infracciones graves y leves...*”.

– Disposición transitoria única.

Precisar: “*se procederá a formalizar las inscripciones correspondientes a las concesiones resultantes de los concursos (...), así como las inscripciones correspondientes a los títulos habilitantes otorgados por Orden de...*”, o fórmula análoga.

– Disposición final primera.

Debe eliminarse de su rúbrica la mención “Primera”, sustituyéndola por la de “única”.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe completarse el procedimiento con los documentos reseñados en la Consideración Tercera de este Dictamen, por las razones allí expresadas.

SEGUNDA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación normativa suficiente para aprobar el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Cuarta.

TERCERA.- Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las modificaciones expresadas en la Consideración Quinta de este Dictamen en relación con su exposición de motivos; artículos 1; 2.3; 3; 4.2, b), f), h), l), m), n) y 3; 5.2; 6, c); 7; 10.1; 11.3; Disposición transitoria única y Disposición final primera.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 158/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. A. R. R., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 19/11/07

Extracto de Doctrina

De acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES.

PRIMERO.- Con fecha 6 de mayo de 2004, D. A. R. R. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por la falta de asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital M. (en lo sucesivo Hospital M., que motivó que fuera intervenido de urgencias en el Hospital Virgen de la Arrixaca, dejándole como secuelas anosmia y ageusia.

Relata el reclamante que, tras una caída con pérdida de consciencia sufrida el 8 de noviembre de 2003, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital M. donde, sin realizarle ningún tipo de prueba, fue dado de alta.

Tres días después (el 11 siguiente) acudió nuevamente al Hospital M. por presentar cefaleas, dándole de nuevo el alta sin realizarle ningún tipo de prueba.

Según describe, al día siguiente el interesado acude al Hospital Virgen de la Arrixaca, siendo intervenido de urgencia por el Servicio de Neurocirugía, por una hemorragia cerebral y hematoma subdural subagudo frontal derecho, siendo dado de alta el 17 del mismo mes.

Finalmente solicita la cantidad de 17.829,37 euros, designando el despacho de un letrado a efectos de notificaciones.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de mayo de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite, la cual se notificó al reclamante el 27 del mismo mes (registro de salida).

En la misma fecha se notifica la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria, y a la Correduría de Seguros para su comunicación a la Compañía Aseguradora, así como se solicita la historia clínica, e informes de los facultativos que atendieron al reclamante, a los Directores Gerentes de los Hospitales Virgen de la Arrixaca, y M.

TERCERO.- Constan las asistencias prestadas al paciente por el Hospital M. (folios 21 y 22), así como el informe de los facultativos que le atendieron.

El Dr. G. C. señala lo siguiente, en relación con la asistencia prestada el día 8 de noviembre de 2003:

“El paciente don A. R. fue atendido en el servicio de urgencias del Hospital M. el día 8/11/2003, por cuadro de lipotimia, en relación con situación laboral estresante, como se recoge en el informe de la atención médica, con posterior traumatismo craneal, presentando una herida incisa en cuero cabelludo. Se procedió a la sutura de la herida, y se inició vacunación antitetánica, ante el desconocimiento por parte del enfermo de su situación vacunal. Permaneció en observación en el hospital más de una hora, sin que presentara signos de complicación neurológica por lo que se decidió alta a domicilio, con tratamiento analgésico y control por su médico de Atención Primaria.”

El Dr. C. L. emite el siguiente parecer, en relación con la asistencia prestada el 11 de noviembre:

“D. A. R., acudió al servicio de urgencias de este hospital el día 11 de noviembre, del 2003, por cuadro de cefalea, en relación con traumatismo craneal producido 3 días antes, con herida incisa en cuero cabelludo que precisó sutura. El paciente, en ningún momento, manifestó la existencia de sintomatología neurológica, ni durante la exploración realizada, aparecieron signos de gravedad. Una vez descartada la situación de emergencia, se man-

tuvo el tratamiento analgésico y se remitió a su Médico de Atención Primaria para que continuase el estudio.

En la reclamación interpuesta se recoge que el paciente acudió espontáneamente al servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, donde ingresó en el servicio de neurología por hematoma subagudo de localización frontal y una contusión hemorrágica en la misma zona. El paciente presentaba en este servicio las mismas condiciones clínicas que al alta del servicio de urgencias del hospital M., es decir, sin ninguna sintomatología neurológica, y permaneció en esta misma situación durante el ingreso, como se recoge en el informe aportado en la reclamación.

Contrariamente a lo indicado en la reclamación, el paciente no precisó tratamiento quirúrgico alguno, sólo recibió tratamiento analgésico, y tras la evolución favorable, se reabsorbió el hematoma, se decidió alta a domicilio con analgesia.

En referencia a las secuelas de ageusia y anosmia, en la propia reclamación se relacionan directamente con una intervención quirúrgica que nunca existió. Es necesario mencionar que el paciente tiene, como antecedente médico personal, una craniotomía realizada 12 años antes con hematoma intracraneal por accidente de moto.

Conclusión: Considero que la actitud mantenida por el servicio de urgencias fue en todo momento acorde con la situación clínica del paciente, prestando la asistencia médica adecuada a la circunstancia”.

CUARTO.- El Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca remite la historia clínica del paciente (núm. 636834), cuyo informe clínico de alta (folio 27) contiene, entre otros, los siguientes extremos que conviene resaltar:

– Exploración: “Consciente y orientado. BEG. ACP: normal. Normotenso. Cicatriz de craniotomía parietotemporal derecha, con defecto óseo. Pares craneales normales. Fuerza, sensibilidad y reflejos normales. Funciones superiores normales”.

– Evolución clínica: “Se ingresa con tratamiento i.v., analgésico y dexametasona. Mejora progresivamente del dolor y no se ha presentado déficit focal en ningún momento. Se realiza TAC craneal de control el día previo al alta habiendo desaparecido el hematoma subdural y presentando una contusión hemorrágica frontal de menor tamaño y en evolución”.

– Diagnóstico Principal: “Contusión hemorrágica frontal derecha”.

En los folios 33 y 34 del expediente se contienen las observaciones de la evolución del paciente durante su ingreso.

QUINTO.- El 5 de agosto de 2004 se solicita al Subdirector General de Recursos Humanos información acerca de la pertenencia o no a la plantilla del Servicio Murciano de Salud de los Dres. G. C. y C. L., solicitud que se reitera posteriormente, siendo cumplimentada finalmente el 23 de mayo de 2005, en el sentido de que ambos facultativos no figuran como personal del Servicio Murciano de Salud.

SEXTO.- El 13 de junio de 2005 (registro de salida) se da traslado de la reclamación al Hospital M., como parte interesada en el procedimiento.

SÉPTIMO.- En la misma fecha se requiere al reclamante para que proponga los medios de prueba de los que pretende valerse, sin que comparezca en el procedimiento.

OCTAVO.- Recabado el informe de la Inspección Médica es evacuado el 27 de julio de 2006 en el siguiente sentido:

1. No existía ningún criterio clínico que justificara la realización de exploraciones complementarias después de la primera asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital M..

2. Tras la aparición de sintomatología (cefalea), la evaluación del paciente, aunque la exploración neurológica fuera normal, implica la realización de una TAC.

3. La aparición de anosmia y ageusia está en relación con el TCE sufrido y no son consecuencia ni de la inicial falta de asistencia, ni del tratamiento instaurado, que fue conservador (con analgésicos y antiinflamatorios), y no quirúrgico de urgencia.

NOVENO.- La compañía aseguradora Zurich aporta dictamen médico elaborado por los Dres. G. N. y P. G., ambos especialistas en neurocirugía (folios 56 a 61 del expediente), que alcanzan las siguientes conclusiones:

“1. Todas las actuaciones médicas realizadas han sido correctas, y de acuerdo a la lex artis.

2. El paciente no fue intervenido quirúrgicamente después de su traumatismo leve.

3. No existía indicación absoluta de realizar TAC craneal en la valoración inicial.

4. La ageusia no es un síntoma separado de la anosmia, sino que se producen simultáneamente. No existe tratamiento médico, preventivo, ni quirúrgico para evitar estos síntomas.

5. El momento del diagnóstico de las lesiones intracraneales no ha tenido influencia en el pronóstico, y evolución de la sintomatología del paciente.

6. Por todo lo anterior no hay justificación para esta reclamación”.

DÉCIMO. Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, sólo presenta alegaciones el Director Gerente del Hospital M., en las que se reitera que la actuación de los profesionales que intervinieron en los hechos fue adecuada a la *lex artis*, resaltando los siguientes datos de su actuación sanitaria:

“1. La valoración clínica realizada a D. A. R. R. en el Servicio de Urgencias del Hospital M. fue correcta y adecuada a la lex artis.

2. A la vista de la sintomatología del paciente (escala de coma de Glasgow de 15 tanto el día 8 como el día 11 de noviembre de 2003, sin focalidad neurológica ni alteración del nivel de consciencia) no resultaba preceptiva la realización de una TAC craneal.

3. La cefalea referida por D. A. R. R. es una consecuencia que se produce en muchos traumatismos leves, y que no supone de por sí un criterio clínico que presuponga la existencia de lesiones intracraneales asociadas, por lo que no implica la obligatoriedad de realizar un TAC craneal.

4. El hecho de que en una primera asistencia no se realizase una TAC a D. A. R. no ha determinado en ningún caso, la aparición de anosmia y ageusia en el paciente, dado que las mismas devienen directamente del TEC.

5. *La anosmia y ageusia devienen directamente del TEC y no del tratamiento conservador (analgésicos y antiinflamatorios) recibido por el paciente.*

6. *Que no existe relación alguna entre la actuación llevada a cabo en el Hospital con la aparición de anosmia y ageusia”.*

UNDÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 15 de marzo de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los requisitos determinantes de la misma.

DUODÉCIMO.- Con fecha 3 de mayo de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- *Carácter del Dictamen.*

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- *Legitimación y plazo.*

En cuanto a la legitimación activa, la condición de interesado del reclamante para ejercitar la acción de reclamación ante la Administración, vendría dada por haber sido usuario de un centro sanitario público, o un centro privado concertado por derivación de la sanidad pública, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En cuanto a la legitimación pasiva, el reclamante atribuye el incumplimiento de la *lex artis* a la actuación de los facultativos del servicio de urgencias del Hospital M. los días 8 y 11 de noviembre de 2003, que es un centro de titularidad privada concertado con la Consejería de Sanidad, y por esta vinculación con el sistema regional de salud ejercita la acción de reclamación frente al Servicio Murciano de Salud.

A este respecto conviene traer a colación nuestra doctrina en relación con los centros concertados de la sanidad pública, reproduciendo el siguiente párrafo del Dictamen núm. 136/2003:

“Esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y la titularidad del mismo la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen n.º.

85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

Como plasmación de lo expuesto, la Disposición Adicional Duodécima de la LPAC, introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece: “La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo”.

En todo caso, aun en la hipótesis de que dicha asistencia haya sido prestada por un centro concertado por derivación de la sanidad pública, dicho centro debe asumir la indemnización de daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño se haya producido por causas imputables a la Administración (artículo 161, apartado c, TRLCAP).

Por último, cabe indicar que la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Procedimiento y medios de prueba.

Analizada la tramitación del procedimiento se advierte que se ha seguido en líneas generales lo establecido por el RRP para este tipo de reclamaciones, salvo el tiempo máximo para resolver que ha rebasado ampliamente el previsto en el artículo 13.3 del citado Reglamento. Se ha otorgado audiencia al Hospital M., en su condición de parte interesada, presentando las correspondientes alegaciones, debiendo notificarle la resolución que finalmente adopte el órgano competente (artículo 58.1 LPAC).

Sin embargo, conviene destacar la ausencia de prueba por parte del reclamante de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva al mismo; en el presente supuesto, ni tan siquiera los informes médicos de los facultativos del Hospital M., de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia que se le ha otorgado, en el que no ha comparecido. A este respecto la SAN, de 27 de junio de 2001, destaca: “*Que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...))*”.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus

bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por lo tanto, ha de examinarse en el presente supuesto si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, se ha producido el daño que el reclamante alega. Pues bien, desde esta perspectiva, comparte el Consejo Jurídico la propuesta desestimatoria por considerar que no concurren los presupuestos necesarios para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por las siguientes razones:

1ª) El reclamante achaca esencialmente a la Administración que, como consecuencia de la inadecuada asistencia recibida en el Hospital M., tuvo que ser intervenido de urgencias en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, habiéndole quedado como secuelas anosmia (ausencia de discriminación olfativa) y ageusia (déficit de discriminación gustativa).

Sin embargo, dicha imputación se ha comprobado que es infundada; en primer lugar, porque el paciente no fue intervenido de urgencias en el citado Hospital, según el informe clínico de alta (folio 27), confirmado por el informe de la Inspección Médica (folio 53), y por los peritos de la aseguradora (folio 59).

En segundo lugar, porque la anosmia y la ageusia, que alega el paciente como secuelas, están en relación con el traumatismo craneoencefálico sufrido (TCE), y no son consecuencia ni de una inicial falta de asistencia, según alega, ni del tratamiento instaurado, que fue conservador (con analgésicos y antiinflamatorios). Esta opinión médica es corroborada por la Inspección Médica, por el centro concertado, y por los peritos de la aseguradora, que añaden que probablemente las secuelas se produjeran como consecuencia del traumatismo grave que sufrió con anterioridad el paciente (craneotomía realizada 12 años antes, por un hematoma intracraneal, por accidente de moto).

2ª) Restaría por analizar si con la realización de una TAC craneal en el servicio de urgencias del Hospital M. se hubieran evitado, o aminorado, las secuelas que se alegan. También en este aspecto, con la ausencia total de prueba en contrario, el reclamante no ha cuestionado los pareceres médicos obrantes en el expediente acerca de que no puede considerarse necesaria la realización de una TAC ante un traumatismo leve como el sufrido por el reclamante, y con los síntomas que presentaba, como recoge la propuesta de resolución.

Resulta de interés reproducir a este respecto el informe del Dr. C. L., que le atendió en urgencias del Hospital M. el día 11 de noviembre:

“el paciente en ningún momento manifestó la existencia de sintomatología neurológica, ni durante la exploración realizada aparecieron signos de gravedad. Una vez descartada la situación de emergencia, se mantuvo tratamiento analgésico y se remitió a su médico de Atención Primaria para que continuase con el estudio...el paciente presentaba en el Servicio de Urgencias de la Arrixaca las mismas condiciones clínicas que al alta del Servicio de Urgencias del Hospital M., es decir, sin ninguna sintomatología neurológica, y permaneció en esta misma situación durante el ingreso, como se recoge en el informe aportado en la reclamación”.

Respecto a esta asistencia en el Hospital M., el informe elaborado por los peritos de la aseguradora, especialistas en Neurocirugía, establecen que *“en el caso que nos ocupa se trata de un paciente valorado en la urgencia médica de un hospital comarcal por traumatismo craneoencefálico leve, sin focalidad neurológica ni alteración del nivel de conciencia, y con el único síntoma de cefalea en base a su exploración y sintomatología inicial, no existía indicación absoluta de realizar TAC craneal. La persistencia de cefalea se produce en muchos traumatismos craneales sin ser un criterio clínico con valor predictivo positivo de lesiones intracraneales asociadas, por lo que la indicación del TAC sólo puede indicarse de forma relativa en este caso”.*

Asimismo, en el escrito de alegaciones formuladas por el Director Gerente del Hospital M., se hace constar que *“en el presente caso, y conforme al cuadro clínico de D. A. R. R., no existían indicios de que resultare preceptiva la realización de un TAC cerebral pues nos encontramos ante un paciente con escala de coma de Glasgow de 15 en ambas visitas, sin focalidad neurológica ni alteración del nivel de conciencia. Es más, únicamente se había referido por D. A. R. R. la existencia de cefalea que remitía con analgésicos habituales, síntoma éste que, como ya hemos manifestado, es una consecuencia común a este tipo de traumatismos leves y no implica, de por sí, la existencia de lesiones intracraneales”.*

En este sentido, la Inspección Médica concluye (Antecedente Octavo) que no existía ningún criterio clínico que justificara la realización de exploraciones complementarias después de la primera asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital M.

En cualquier caso, en la hipótesis de que con la aparición de cefalea, aun teniendo una exploración neurológica normal, fuera recomendable la realización de una TAC en la segunda visita al Hospital M. (informe de la Inspección Médica), seguiría faltando el nexo causal con el daño alegado, pues la no realización de esta prueba en el Hospital M. no es la causa de las lesiones neurológicas que refiere el reclamante, como se ha indicado anteriormente, aspecto en el que coinciden todos los pareceres médicos obrantes en el expediente.

Por todo lo anterior, se coincide con la propuesta de resolución en que no ha quedado acreditada la existencia de mala praxis en el proceso asistencial del paciente, ni tampoco se ha probado que las secuelas que sufre el reclamante sean consecuencia, en una relación causa-efecto, del funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Por último, en lo que respecta a la cuantía indemnizatoria reclamada (17.829,37 euros), no se justifica, existiendo también por parte del reclamante un vacío probatorio (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución, al no haberse acreditado la existencia de nexo causal entre la actuación del servicio público sanitario y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 159/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. J. E. B., como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad.

Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2005)

Fecha: 21/11/07

Extracto de Doctrina

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP, señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicho instituto, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de diciembre de 2004 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda un escrito firmado por D. V. J. G. G., Abogado, que dice actuar en nombre y representación de D. J. E. B., mediante el que informa a la Dirección General de Patrimonio de dicha Consejería que su cliente viene sufriendo daños en una vivienda de su propiedad a consecuencia de *“filtraciones a través de muro y cubierta de su vivienda, provocado por el desplome parcial de la cubierta del edificio Antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, que según la Corporación Municipal es propiedad de la Comunidad Autónoma en virtud de escritura pública de 1 de julio de 1990”*.

Acompaña a su escrito informe pericial elaborado por la Compañía aseguradora S. L., S.A.

Termina su escrito solicitando que se proceda de inmediato a la reparación de la avería y, posteriormente, a la reparación de los daños sufridos.

SEGUNDO.- Seguidamente aparece en el expediente un informe técnico elaborado, según se afirma, a petición de la Directora General de Patrimonio, en el que, tras describir la situación técnica en la que se encuentra el edificio denominado “Antiguo Ayuntamiento”, se afirma lo siguiente:

“Con los datos expuestos se puede explicar la secuencia: rotura de la cubierta, entrada de agua al edificio y daños producidos en el propio edificio y en el edificio colindante.

En cuanto al momento que se produjo el desplome de la cubierta, así como los demás desperfectos, no es posible determinarlo aunque si puede decirse que no es reciente, que no ha sido intencionado sino consecuencia del deterioro progresivo de los materiales, de roturas de tejas que permiten la filtración de agua, movimientos sísmicos, etc.

Cabe decir como conclusión que el mal estado de la cubierta ha permitido la entrada de agua de lluvia provocando daños de humedad en el propio edificio muy posiblemente en el edificio colindante.

Se recomienda además que se adopten medidas para evitar que siga entrando agua al edificio: demolición de la cubierta parcialmente desplomada y cubrición del edificio con cubierta de chapa metálica.

Se entiende que esta media es provisional hasta que se decida el destino del edificio”.

TERCERO.- El titular de la Dirección General de Patrimonio envía escrito dirigido al citado Letrado requiriéndole para que acredite la representación con la que dice actuar, así como para que ajuste el contenido del escrito presentado a los términos que se señalan en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

CUARTO.- El día 11 de febrero de 2005 tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante un escrito encabezado con los datos correspondientes a D. J. E. B., pero firmado, por orden, por el letrado antes mencionado.

Mediante dicho escrito se interpone reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con base en los siguientes hechos:

- Que la vivienda propiedad del reclamante viene sufriendo continuas y sucesivas filtraciones a consecuencia del mal estado de conservación de la cubierta del edificio anexo (Antiguo Ayuntamiento de Campos del Río).
- Que, con fecha 6 de mayo de 2004, el técnico de la compañía aseguradora “S. L., S.A.” giró visita al edificio siniestrado, emitiendo informe sobre su estado. De este informe destaca los siguientes extremos:
 - 1º. El siniestro tiene su origen en una filtración a través de muro y cubierta de vivienda, provocado por el desplome parcial de la cubierta de la vivienda anexa. Esta cubierta se encuentra en un lamentable estado de conservación y la avería sin reparar, por lo que, cada vez que llueve, el agua penetra y permite el avance de los daños aparecidos en la vivienda asegurada.
 - 2º. Señala como causante de los daños al Ayuntamiento de Campos del Río, propietario de la vivienda origen de las filtraciones.
 - 3º. Realiza una valoración estimada de los daños en 1.121,05 euros.
- Que formulada reclamación ante el Ayuntamiento de Campos del Río, esta Corporación procedió a la incoación de expediente por responsabilidad patrimonial, que finalizó mediante acuerdo de la Junta de Gobierno adoptado en su sesión del día 4 de noviembre de 2004, declarando la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento, debido a que el inmueble que se señala como origen de los daños, fue cedido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por acuerdo del Pleno de 18 de noviembre de 1988.
- Que con fecha 4 de agosto de 2004, por el mismo técnico de la aseguradora “S. L., S.A.” que emitió el primer informe, se vuelve a dictaminar sobre la situación del inmueble siniestrado, haciendo constar que *“el origen de los daños siguen sin reparar”* y que los daños se han incrementado, alcanzando, a su juicio, la cantidad de 1.521,05 euros. Finaliza manifestando que *“por todo lo anteriormente expuesto, y de acuerdo a la forma de producirse el siniestro, el asegurado solicita la intervención de S., para proceder a la reclamación al causante tanto de la reparación de su avería como de los daños derivados de la misma”*.

Señala, por otra parte, la imposibilidad de realizar una evaluación económica precisa de los daños sufridos, ya que al continuar sin reparar la cubierta del edificio anexo, los daños son continuos y, obviamente, se han incrementado desde el último informe pericial que se llevó a cabo.

Adjunta copia de la documentación que menciona en su escrito y finaliza solicitando que se proceda a:

- 1º. Realizar las reparaciones necesarias en el edificio “Ayuntamiento de Campos del Río”, al objeto de eliminar la causa de las filtraciones.
- 2º. Una vez efectuada la anterior reparación, que se lleven a cabo, *“por personal especializado y a su cargo”*, las reparaciones necesarias en la vivienda de su propiedad, con el fin de subsanar el daño sufrido.

QUINTO.- Admitida a trámite la reclamación y nombrada instructora del procedimiento, se procede a notificar tales circunstancias al reclamante, al tiempo que se le requiere para

que proceda a aportar cuantas alegaciones, documentos e información estime conveniente a su derecho, así como a proponer la práctica de las pruebas que estime pertinentes.

El anterior requerimiento es contestado por el reclamante que propone se practique la siguiente prueba:

1º. Documental, consistente en dar por reproducidos los documentos que se unieron al escrito de reclamación.

2º. Testifical, consistente en declaración del técnico D. M. F. S. G., para que ratifique la declaración de siniestro a la aseguradora S. L., S.A., así como los informes periciales por él elaborados y que constan incorporados en el expediente.

3º. Pericial, de técnico de la Administración regional, de cuya fecha y hora solicita se le informe con el fin de poder asistir a su práctica acompañado del Técnico Sr. S. G..

SEXTO.- Aceptada la propuesta de prueba, ésta se practicó con el siguiente resultado:

– D. M. F. S. G., mediante comparecencia efectuada ante la Dirección General de Patrimonio el día 15 de septiembre de 2005, procede a ratificar la declaración de siniestro unida como documento núm. 1 al escrito de reclamación, así como los informes técnicos que emitió el 6 de mayo y el 4 de agosto del año 2004, y que también fueron anexados a la reclamación como documentos núms. 2 y 5.

– D. F. J. M. G., técnico de la Dirección General de Patrimonio, giró visita el día 29 de septiembre de 2005 para llevar a cabo una inspección ocular del inmueble siniestrado, formulando, con la misma fecha, el siguiente informe:

“En la zona de cocina y baño se observan desprendimiento de la pintura en los techos y abombamiento de azulejos en paredes, así como diversos daños en el mobiliario de la cocina.

Estos daños son producidos por la presencia de humedad, la cual, según todos los indicios proviene de la pared medianera.

Esta zona coincide con la cubierta derruida en el edificio colindante.

Por tanto se estima que los daños producidos en la vivienda de D. J. E. B. han sido causados por el mal estado de conservación del edificio “Antiguo Ayuntamiento” sito en p. R. Campos del Río.”

SÉPTIMO.- El reclamante presenta mediante escrito registrado el día 2 de enero de 2006, un tercer informe pericial en el que se efectúa una nueva valoración de daños, cifrándola en 1.621,05 euros.

Por su parte, el técnico de la Dirección General de Patrimonio, con fecha de 29 de noviembre de 2006, formula ampliación a su primer informe, en el que señala que visto el informe pericial aportado por el reclamante, considera correcta la valoración estimada de 1.621,05 euros que en él se hace constar.

OCTAVO.- El reclamante solicita hasta en tres ocasiones que se impulse la tramitación de su expediente, hasta su total conclusión.

NOVENO.- Tras haber causado baja por maternidad la instructora del expediente, con fecha 19 de enero de 2007 el Director General de Patrimonio procedió a designar nuevo

instructor, quien, mediante escrito registrado de salida el día 29 de enero de 2007, procedió a notificar al reclamante la apertura del trámite de audiencia, con el fin de que el plazo de 15 días pudiera examinar el procedimiento, formular alegaciones y aportar cuantos documentos y justificaciones considerara oportunos. No consta acreditado en el expediente la forma y fecha en que dicha notificación se hizo efectiva.

DÉCIMO.- El día 14 de febrero de 2007 el instructor formula propuesta de resolución estimatoria de la pretensión deducida por el reclamante, al considerar que los daños sufridos en sus bienes lo fueron a consecuencia del estado del edificio “Antiguo Ayuntamiento”, propiedad, en la fecha de los hechos, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en virtud de cesión por el Ayuntamiento de Campos del Río mediante acuerdo de su Pleno adoptado el día 18 de noviembre de 1988, y revertido a dicha Corporación mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia de 17 de diciembre de 2004. En concepto de indemnización, propone que se le abone al reclamante la cantidad de 1.621,05 euros.

UNDÉCIMO.- Con fecha 2 de marzo de 2007 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Economía y Hacienda escrito de alegaciones que había sido presentado en la Subdelegación del Gobierno en Alicante el día 23 de febrero de 2007, en el que, en síntesis, se indica lo siguiente:

1¼. Que el objeto de la reclamación que en su día se sustanció era doble. Por un lado, se solicitaba se efectuasen las reparaciones necesarias en la finca origen de los daños, y, por otro, que una vez ultimada la anterior actuación, se procediese a reparar los daños que presenta la vivienda del reclamante.

2¼. Que, al parecer, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 17 de diciembre de 2004, se procedió a la devolución de la titularidad del inmueble al Ayuntamiento de Campos del Río, lo que hace necesario el emplazamiento y personación de la Corporación Local en el expediente, entendiéndose, en todo caso, que la responsabilidad de ambas Administraciones es solidaria.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del RRP.

SEGUNDA.- Plazo y legitimación.

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, previsión asimismo contenida en el artículo 4.2 RRP. Los perjuicios imputados por el reclamante se configuran como

un supuesto de daños materiales que habría sufrido como consecuencia de las filtraciones procedentes del edificio correspondiente al antiguo Ayuntamiento de Campos del Río que, según el interesado, viene padeciendo “desde hace tiempo”. Al escrito de reclamación se unió copia de declaración de siniestro ante la aseguradora del reclamante en la que se indica como fecha del siniestro la del 29 de marzo de 2004. Estas filtraciones, según se indica en el escrito de alegaciones formulado el día 22 de febrero de 2007, aún continuaban en dicha fecha, por no haberse efectuado reparación alguna para impedirlo. De lo anterior cabe entender que nos encontraríamos ante unos daños continuados, es decir, que habrían nacido de una unidad de acto, y se habrían producido día a día y sin solución de continuidad. En este tipo de daños el cómputo del plazo para reclamar no podrá comenzar a contarse en tanto no cese el evento dañoso. Ahora bien, en estos supuestos de daños de tracto sucesivo tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado se muestran favorables a admitir la viabilidad de reclamar incluso antes de que cese el evento dañoso. Así el Alto Tribunal en sentencia de 22 de junio de 1995 afirma que negar tal posibilidad “*conllevaría que el perjudicado debiese soportar estoicamente los daños que de manera continuada se le vienen produciendo sin solicitar su justa compensación al causante de los mismos; nada obsta, por tanto, a que en un momento determinado se reclamen los daños y perjuicios hasta ese instante producidos, mediante la correspondiente evaluación, sin que ello comporte, salvo manifestación expresa en contrario, la renuncia a reclamar los que se originen en los sucesivos, atendida su producción día a día de manera continuada y como consecuencia de un único hecho que no se agota en un momento concreto*”. En consecuencia, cabe entender que la reclamación fue formulada dentro de plazo.

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad o cualquier otro derecho de goce en cosa ajena, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, el reclamante afirma haber sufrido daños en su vivienda, titularidad que es aceptada por la Administración, aun cuando no consta incorporado al expediente el título acreditativo de tal propiedad.

Se advierte, asimismo, la falta de acreditación de la representación que el firmante del escrito inicial (el letrado Sr. G. G.) afirma tener conferida del interesado señor E. B., pues no obra en dicho escrito (ni en ningún otro posterior) la rúbrica de éste al efecto de poder considerar acreditado el otorgamiento de la citada representación conforme a lo dispuesto en el artículo 33.3 LPAC. Por ello, previamente a la resolución del procedimiento, es necesario que el interesado ratifique los actos realizados por el que compareció en su nombre; en caso contrario, no podrá resolverse el procedimiento en lo tocante a la cuestión de fondo, al carecer el pretendido representante de toda legitimación al efecto.

Estará legitimada pasivamente la Administración que ostente la titularidad del inmueble origen de los daños. Según se desprende de lo instruido (sobre todo de lo que al respecto se afirma en la Propuesta de Resolución), el Ayuntamiento de Campos del Río fue su titular hasta que, mediante acuerdo del Pleno de dicha Corporación de 18 de noviembre de 1988, el edificio fue cedido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Sin embargo, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 17 de diciembre de 2004, se procedió a revertir el inmueble a dicha Corporación Local.

De lo anterior resulta que cuando se produjeron los daños, es decir, el 29 de marzo de 2004, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostentaba su titularidad, pero, al

parecer, ya en el momento de iniciación formal del expediente de responsabilidad patrimonial (Orden de la Consejería de Hacienda de 8 de marzo de 2005, admitiendo a trámite la reclamación), el edificio había sido revertido al Ayuntamiento de Campos del Rfo. Como los daños por los que se reclama en el expediente son de carácter continuado, esta sucesión en la titularidad del inmueble, constante la situación productora del daño, podría dar lugar a una concurrencia de responsabilidades entre Administraciones Públicas (art. 140.2 LPAC), lo que exige dar audiencia al citado Ayuntamiento y establecer, en su caso, un reparto de la cuota de responsabilidad correspondiente a cada Administración, atendiendo a las circunstancias que se deriven de tal trámite. Asimismo deberá incorporarse al expediente copia del Acuerdo de reversión del inmueble, por si en él se contuviese alguna previsión que pudiera tener alguna incidencia sobre la delimitación de responsabilidades que se ha de llevar a cabo.

TERCERA.- Procedimiento.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP, señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicho instituto, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

Pues bien, con independencia de los defectos procedimentales que ya se han indicado en relación con la legitimación, tanto activa como pasiva, así como con la acreditación de la representación, se han de efectuar las siguientes observaciones:

Primera.- Si se produce cambio en el instructor del procedimiento ha de ponerse en conocimiento de los interesados, al objeto de que puedan alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC). En todo caso, en el presente caso, la apertura del período de prueba, notificada al reclamante, fue realizada por el nuevo instructor, sin que aquél haya presentado cualquier incidente a este respecto.

Segunda.- De las actuaciones incorporadas al expediente se desprende que el reclamante tiene asegurada su vivienda en la Compañía S. L., S.A. Resulta, pues, obligado requerirle para que manifieste si ha recibido alguna indemnización de aquella mercantil y, en caso afirmativo, conceder trámite de audiencia a la aseguradora, con el fin de que pueda subrogarse en la posición del reclamante, hasta el límite de la indemnización que le haya hecho efectiva.

Asimismo debería justificarse en el expediente si existe suscrita por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia alguna póliza de seguros que ofrezca cobertura a la presente reclamación por daños y, en su caso, concederle la preceptiva audiencia.

Tercera.- En la documentación remitida a este Consejo figura el escrito de alegaciones presentado por el reclamante con posterioridad a la propuesta de resolución. Pues bien, dichas alegaciones deben recogerse y analizarse en la propuesta de resolución, con independencia de su posible extemporaneidad, aspecto que no puede ser constatado pues no aparece acreditada documentalmente la fecha de notificación del trámite de audiencia.

Cuarta.- Del examen comparativo del escrito de iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial (folio 11) y del escrito de alegaciones (folio 69), se desprende que las pretensiones del reclamante son dos: La primera, que se realicen las reparaciones necesarias en el edificio del Antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, para eliminar las filtraciones que han afectado a su vivienda. La segunda, que se lleven a cabo las reparaciones en su vivienda subsanando el daño sufrido, que valora en 1.621,05 euros, es decir, opta por la reparación *in natura*.

Para dar satisfacción a la primera se recurría al interdicto de obra ruinoso (artículo 1.676 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil). El afectado denunciaba el daño temido (*cautio damni infecti*), al que seguía una inspección judicial dictando las medidas de seguridad, que no eran apelables, actividad más administrativa que judicial; si la medida era de demolición, se iba al juicio verbal.

Hoy, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 250.6º) tramita la pretensión de demolición o derribo de obra ruinoso dentro del juicio verbal, cuando “amenaza causar daños a quien denuncia”.

Por otro lado, los artículos 224 y 225 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, faculta a los Ayuntamientos para declarar, de oficio o a instancia de parte, el que alguna construcción o parte de ella estuviese en estado ruinoso, y adoptar las medidas necesarias para asegurar la integridad física de los ocupantes y terceras personas.

Esta primera pretensión del reclamante deberá considerarse como una reclamación previa a la vía judicial civil, lo que, con arreglo a lo establecido en el artículo 89.2 LPAC, precisa un pronunciamiento, cosa que queda silenciada en la propuesta.

En la segunda petición, de carácter indemnizatorio de los daños de la vivienda particular, el reclamante opta por la llamada reparación *in natura* en lugar de postular una indemnización de daños y perjuicios por su estimación dineraria, que es una opción que viene siendo admitida en sede jurisprudencial (STS de la Sala 3ª, Sección 6ª, de 19 de julio de 2001 y las que en ella se citan) y que en la LPAC tiene su base en el artículo 141.4, que la prevé en aquellos casos que resulte más adecuado para lograr la reparación debida, convenga al interés público y exista acuerdo con el interesado. Pues bien, como lo solicitado por el reclamante tiene respaldo legal, la propuesta de resolución, congruentemente con lo solicitado, debe pronunciarse sobre la reparación *in natura* planteada, razonando porque no la acoge caso de mantenerse en la decisión de fijar una indemnización por el valor de los daños.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede completar el expediente con las actuaciones que se indican en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen, otorgando un nuevo trámite de audiencia al interesado y formulando nueva propuesta de resolución que deberá ser remitida, junto con lo actuado, a este Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 160/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. H. R. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/11/07

Extracto de Doctrina

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de abril de 2000, acoge que la ausencia de consentimiento informado trae como consecuencia la imposibilidad de ponderar los riesgos y de sustraerse a la terapia ofrecida, pues genera una situación de inconsciencia provocada por la falta de información del riesgo existente imputable a la Administración sanitaria, que supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y susceptible de ser indemnizado, en tanto que vulnera un derecho del paciente muy directamente relacionado con su dignidad personal.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de noviembre de 2004, D. M. H. R. M. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud en solicitud de una indemnización de 230.000 euros, como reparación por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

Según el relato de la interesada, sufrió una picadura de insecto a la altura del coxis durante el verano de 2001 y, como sus efectos persistían, a mediados de diciembre acudió al Hospital Rafael Méndez de Lorca.

Refiere la reclamante que a los pocos días acudió de nuevo al hospital con un volante que le habían dado para que “*le hicieran una punción y le analizaran la pus*”, y que, sin que le informaran de nada ni efectuaran análisis previo alguno, le dijeron que la iban a operar, aunque la intervención se la realizaron en un sitio distinto a donde tenía el grano, profundizando 10 cm. junto al ano, dañándole el esfínter y la vejiga y quedándole una fístula anal. Afirmo, asimismo, que el proceso asistencial en el referido hospital se dilata hasta agosto de 2002 y que, además, fue vista en el Hospital Morales Meseguer y en S. C., ambos de Murcia. Califica los daños sufridos como antijurídicos, toda vez que la intervención se realizó con mala praxis, pues las lesiones se produjeron en una zona distinta y distante de la afectada por el grano. Se invoca, además, la doctrina del daño desproporcionado, en la medida que la paciente acude para ser tratada de un grano sin importancia y resulta con lesiones irreversibles y, además, no se recabó su consentimiento informado.

En octubre de ese mismo año interpone denuncia que se tramita en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Lorca, con número de Diligencias Previas 537/03. Las diligencias son archivadas por Auto de 5 de noviembre de 2003, notificado el 21 siguiente.

Asimismo, el 17 de julio de 2003 la Seguridad Social le reconoce una incapacidad permanente total, atendiendo al siguiente cuadro residual: estenosis anal con incontinencia

de esfuerzo. Secuelas que para la interesada derivan causalmente de la operación. Desde el 5 de diciembre de 2001 se encontraba en incapacidad temporal.

La interesada concreta los daños imputados a la atención sanitaria recibida en el Hospital Rafael Méndez de Lorca en los siguientes:

- Secuela de estenosis anal con incontinencia de esfuerzo, daño estético y dolores intestinales: 100.000 euros.

- Días de baja laboral desde el 7 de diciembre 2001 hasta el 14 de julio de 2003, fecha en la que se le concede la incapacidad permanente total: 30.000 euros.

- Invalidez permanente total y daño moral asociado: 100.000 euros.

La interesada propone la siguiente prueba:

- Documental aportada junto a la reclamación, consistente en los siguientes documentos: a) denuncia penal contra los facultativos que la atendieron en el Hospital; b) auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa; y c) resolución de reconocimiento de incapacidad permanente total, basada en las patologías que detalla; a saber, estenosis anal, presentando incontinencia de esfuerzo.

- Historias clínicas de la paciente obrantes en los Hospitales Rafael Méndez, Morales Meseguer y S. C..

- Protocolos del primero de dichos centros que regulan los actos médicos realizados a la paciente.

- Reconocimiento de la paciente por la Inspección Médica, al efecto de acreditar que la zona intervenida es diferente de la afectada por el grano.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de enero de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación, encargando su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a notificar su presentación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros y a los Hospitales Morales Meseguer, Rafael Méndez y S. C., donde había sido asistida la reclamante, solicitando su historia clínica y los informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- El Hospital Rafael Méndez de Lorca remite la historia clínica de la paciente, así como informe de la doctora que, junto a otro médico, actualmente fallecido, asistieron a la reclamante en el hospital lorquino. El informe se expresa en los siguientes términos:

“El día 27 de diciembre de 2001 el Dr. L. S., que se encontraba de guardia de presencia física en el hospital Rafael Méndez, fue requerido a la puerta de urgencias a las 12:53 h. para ver a la paciente M. H. R. M., la cual había sido remitida desde consultas externas de cirugía por la Dra. C., con el diagnóstico de flemón-absceso perianal y con la propuesta de drenaje.

Se corroboró el diagnóstico y se informó a la paciente que debía ser ingresada e intervenida, para lo cual previo su consentimiento del acto quirúrgico y acto anestésico, se cursó preoperatorio completo con analítica (hemograma, bioquímica y coagulación), electrocardiograma y radiografía de tórax.

Por disponibilidad del quirófano de urgencias se inició la intervención con anestesia general a las 18 h. y terminó a las 18:30 h. Durante el acto quirúrgico se visualizó induración en margen anal izquierdo, y se practicó incisión-drenaje sin evidenciar pus pero sí tejido inflamatorio, y se tomaron muestras que fueron enviadas a Anatomía Patológica (referencia AP X, con resultado: “Tejido Adiposo con inflamación Crónica y Fibrosis con Agudización Focal”). En este tipo de intervención no se actuó para nada sobre el canal anal ni la musculatura esfinteriana, pues se trabajó por fuera del mismo, sobre el espacio isquiorrectal.

La paciente tuvo un postoperatorio precoz satisfactorio y fue dada de alta el 29/12/01, precisando curas en Centro de Salud.

Como curso previsible de un flemón perianal, desarrolló fístula, la cual es definida mediante fistulografía realizada el 14/03/02 como “pequeño trayecto ciego”.

El día 26/03/02 se realiza exploración en quirófano (Dr. D. V.) visualizando fístula de unos 4 o 5 cm., por lo que se le propone fistulectomía de manera programada en un segundo tiempo. Desestima la intervención en nuestro Hospital firmando alta voluntaria.

El día 2 de mayo de 2002, vuelve a ser vista en las Consultas Externas de cirugía con la sorpresa de que ha sido intervenida de “hemorroides y fístula anal, negando la paciente los hechos, pese a ser observados puntos de sutura en el ano (intervención no realizada en la red del Servicio Murciano de Salud), alguna intervención en la que se hubiera actuado sobre el canal anal, no siendo posible que aparezcan secuelas en el ano tras una actuación sobre la fosa isquiorrectal exclusivamente.

Con posterioridad a la intervención realizada en otro centro, la paciente ha demandado atención en nuestra consulta y nuestro centro en múltiples ocasiones, por referir presentar estreñimiento e imposibilidad para evacuar, insistiendo en su idea de la relación de la intervención sobre el flemón perianal y su estreñimiento. Debemos explicar que una incisión sobre la fosa isquiorrectal, por fuera de los esfínteres anales, no puede relacionarse con complicaciones a nivel del canal anal.

Ha recibido tratamiento psiquiátrico (desconocemos el diagnóstico de su trastorno), habiendo manifestado en alguna de las revisiones que se le había cambiado el tipo del mismo, puesto que no se encontraba bien con el previo.

Posteriormente dejó de acudir para revisiones, siendo remitida desde la Consulta de Cirugía General de Santa Rosa de Lima, para estudio funcional de canal anal, que la paciente solicitó se realizara en el Hospital de S., sin que nos aportara los resultados del estudio.

Desde el año 2002 hasta la fecha no ha vuelto a presentarse en nuestro Servicio.

Para finalizar este informe, quisiéramos añadir los siguientes datos: esta paciente inicialmente fue vista en cirugía el 30/10/98 y ya presentaba fases de estreñimiento. Fue diagnosticada de colelitiasis y no quería ser intervenida, pero demandaba ecografías periódicas (21/10/98, 30/10/98, 15/01/99, 26/06/99, 15/12/99, 5/06/00, 11/07/01).

Era paciente habitual de urgencias, y visitadora de varios hospitales. Se le recomendó ser vista por psiquiatría y ella lo afirmó el 4/04/02.

Asimismo, realizaba llamadas telefónicas al domicilio particular de los médicos que la habían tratado, con el único propósito de seguir hablando de su enfermedad.”

CUARTO.- El Hospital Morales Meseguer remite la historia clínica de la señora R. M., e informe emitido por el Jefe de Servicio de Cirugía General del Hospital Morales Meseguer, que es del siguiente tenor:

“Paciente que refiere haber sido intervenida en Diciembre de 2001 por flemón perianal en el Hospital Rafael Méndez de Lorca. Remitida a nuestro hospital para realizar ecografía endoanal el 4 de Marzo de 2002, objetivándose fístula perianal, evolución frecuente tras el drenaje de un absceso o flemón perianal. Fue intervenida el 19.3.02 en una clínica privada por el Dr. A. R. B. realizándose hemorroidectomía y cirugía de fistula anal (fistulectomía y flap de avance mucoso).

Acude a urgencias del Hospital Morales Meseguer el 22.04.02 por dolor anal, anurragia y ansiedad importante, hallando herida postquirúrgica en fosa isquiorrectal, pero ante el cuadro de dolor y ansiedad de la paciente se ingresa a cargo del servicio de cirugía general. La evolución de la herida de la paciente es satisfactoria, disminuyendo los signos inflamatorios postquirúrgicos sin encontrar complicación de la cirugía previa. La paciente presenta hábito intestinal normal con cierta dificultad para defecar por el dolor que refiere. El 30.04.02 se realiza resonancia magnética que no evidencia lesiones perianales o perirrectales.

Durante el ingreso presenta síndrome ansioso importante que motiva consultas múltiples a todo el equipo de cirugía del hospital, por lo que se consulta a psiquiatría. El informe de psiquiatría informa de paciente con síndrome ansioso-depresivo en tratamiento que no recuerda y que suspendió por iniciativa propia. Realiza continuas demandas de atención y aprobación y adopta durante la entrevista una actitud sumisa, victimista y seductora y la adopción del rol de enfermo (como cuenta que no defeca, le sugiere a diario al cirujano que le realice un tacto rectal).

La paciente es dada de alta hospitalaria el 30.04.02, al no objetivarse patología que justifique ingreso, y es revisada en consulta externa. Durante las revisiones en consulta, la paciente refiere estreñimiento, pero la exploración anal es rigurosamente normal por lo que es dada de alta el 17.06.02.”

QUINTO.- Por el Hospital Policlínico S. C. se remite copia del informe de alta, donde consta que el 18 de abril de 2002 la paciente es sometida a hemorroidectomía y fistulectomía, recibiendo alta hospitalaria el día siguiente a la intervención.

SEXTO.- Por la instructora se solicita del Hospital Rafael Méndez de Lorca la remisión de los protocolos que regulen los actos médicos realizados a la reclamante, en orden a practicar la prueba solicitada por la interesada en su escrito inicial.

Tras solicitar el centro sanitario que se especifique el acto concreto a que se refiere la solicitud, el Director Gerente del Hospital informa que el acto médico operado sobre la paciente no se encuentra protocolizado.

SÉPTIMO.- Con fecha 23 de septiembre de 2005, se solicita de la Inspección Médica la emisión de informe valorativo sobre el expediente.

Dado que en su reclamación la interesada propone ser examinada por el inspector, se procede a citarla a tal efecto, para el día 29 de enero de 2007, a las 10 horas. El emplazamiento es recibido por la reclamante ese mismo día y acude el siguiente.

El informe de la Inspección Médica, es emitido el 31 de enero de 2007. En él se realiza una minuciosa cronología de las numerosas asistencias recibidas por la reclamante, tanto en centros dependientes del Sistema Nacional de Salud como en el Hospital S. C. de Murcia, que da lugar al siguiente juicio crítico acerca de la atención prestada a la paciente:

“La reclamación hace referencia fundamentalmente a la asistencia recibida en el Hospital Rafael Méndez de Lorca:

Del análisis de la historia clínica revisada en ese hospital podría deducirse que las manifestaciones de que se le dañe el esfínter y la vejiga quedando con fístula anal, no están fundamentadas, ya que según las descripciones de los procedimientos utilizados, ninguna de estas estructuras se manipuló o fue objeto de biopsia en el citado centro.

Desde nuestro punto de vista, tampoco se confirmó flemón perianal.

La fístula que se diagnosticó al cabo de varios meses es posible tras el desbridamiento de la zona.

No hay evidencia de consentimiento informado. No se halló en el expediente, ni en la revisión de la historia clínica original. No hemos encontrado en la historia clínica anotaciones de que se haya informado de forma oral.

La paciente firmó el alta voluntaria el 16 de abril de 2002 cuando se le ingresó para fistulectomía y acudió a operarse a un centro privado, hecho que parece que negó inicialmente cuando acudió a los Servicios de Urgencias del SNS tras la cirugía. Toda la patología posterior a esa fecha no se puede achacar al sistema nacional de salud, a donde la reclamante acudió para tratar los problemas postoperatorios”.

La Inspección Médica concluye que ninguna patología posterior al 16 de abril de 2002 puede ser achacada a la actuación de los profesionales del Servicio Murciano de Salud y que no se evidencia que la paciente estuviese absolutamente informada de los riesgos quirúrgicos del procedimiento llevado a cabo el 27 de diciembre de 2001 en el Hospital de Lorca.

OCTAVO.- Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta informe médico elaborado colegiadamente por especialistas en Cirugía General y Aparato Digestivo, quienes alcanzan las siguientes conclusiones:

- Ante la sospecha de absceso anal o flemón perianal está indicado su drenaje urgente.
- El drenaje simple realizado no afecta a los esfínteres ni a la vejiga, como se dice en la reclamación. Los estudios realizados tras la intervención no describen ninguna afectación del aparato esfinteriano.
- Cuando se afectan los esfínteres en el tratamiento de una fístula o un absceso perianal la consecuencia es incontinencia, no estenosis anal.
- El desarrollo de una fístula tras el drenaje de un absceso ocurre entre el 10 y el 30% de los casos, formando parte del mismo problema.
- Se realiza un seguimiento correcto y se le indica el tratamiento, siendo informada e incluida en lista de espera, llegando a ingresar para ser intervenida, siendo decisión de la enferma solicitar el alta voluntaria para ser operada en un centro privado.

– La supuesta estenosis anal puede ser consecuencia de la hemorroidectomía realizada el 18 de abril de 2002, pues la paciente refiere comenzar con este problema tras dicha intervención, realizada en un centro privado, a pesar de lo cual es tratada en los hospitales públicos desde el postoperatorio inmediato, cada vez que lo requirió.

NOVENO.- Comunicada la apertura del trámite de audiencia a los interesados, no consta que ninguno de ellos haya presentado alegaciones.

DÉCIMO.- Con fecha 13 de junio de 2007, por la instrucción se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

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

En cuanto a la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, se puede entender acreditada en tanto figura dicha condición en el escrito de reclamación, suscrito conjuntamente por el letrado y la interesada, y al que se acompaña copia del documento nacional de identidad de ésta, no habiendo sido puesta en duda por la instrucción.

La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital Rafael Méndez de Lorca, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

2. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, aunque el daño se imputa a la intervención quirúrgica practicada el 27 de diciembre de 2001, como señaló el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 46/98, entre otros, el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa. Así, constando en el expediente que el auto que dispone el sobreseimiento provisional data de 5 de noviembre de 2003 (notificado a la reclamante el 21 siguiente), y no teniendo constancia de que se realizaran ulteriores actuaciones en dicha vía jurisdiccional, la

notificación del referido auto se convierte en el día inicial del cómputo del plazo para interponer la reclamación; por ello, habiéndose ejercitado la acción el 19 de noviembre de 2004, se considera que se ha interpuesto dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

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

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

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

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del pa-

ciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

1. Alegaciones de la reclamante.

Afirma la reclamante que acude al Hospital Rafael Méndez de Lorca para que le realicen una punción en grano que ella misma relaciona con una picadura de insecto sufrida meses antes. Sin embargo, lejos de realizar la actuación para la que había sido citada, fue intervenida quirúrgicamente, en zona distinta a donde tenía el grano, sufriendo como consecuencia de la operación daños en la vejiga y el esfínter, así como una fístula anal. Dicha intervención, según manifiesta la interesada, se realizó de forma sorpresiva y sin recabar su consentimiento.

El daño es antijurídico, continúa, por haberse llevado a cabo la operación con mala praxis, pues las lesiones irreversibles de los músculos anales se producen en zona distinta de la afectada por el grano.

2. El daño.

La reclamante afirma que la intervención realizada el 27 de diciembre de 2001, le ocasionó una fístula anal y secuelas irreversibles en la vejiga y el esfínter, sufriendo estenosis anal con incontinencia de esfuerzo, daño estético y dolores intestinales.

Sin embargo, no todas estas “secuelas” aparecen acreditadas en el expediente, salvo la fístula anal. En cuanto a los supuestos daños en vejiga y esfínter, los sucesivos informes médicos contradicen su existencia.

En efecto, cuando el 4 de marzo de 2002 la interesada acude al Hospital Morales Meseguer, se intenta realizar una ecografía anal (folio 46 del expediente), que no puede llevarse a efecto por el dolor que refiere la paciente. En el tacto rectal se objetiva “*ano ligeramente estenótico*”, si bien el hallazgo se relaciona con las hemorroides de grado II que se advierten en la inspección anal y no con la intervención de diciembre anterior.

Al folio 31 del expediente consta el informe del Jefe de Servicio de Cirugía General del indicado Hospital. En él se recoge que el 4 de marzo de 2002, la interesada presenta una fístula perianal que, en consecuencia, sí cabe considerar acreditada. El resto de dolencias que presenta la interesada y que relata el informe (dolor anal, anurragia y ansiedad importante), se refieren a fechas posteriores a la intervención de hemorroidectomía y fistulectomía, de fecha 19 de abril de 2002 y realizada en un centro sanitario privado. En cualquier caso, es importante destacar que el informe manifiesta que “*la paciente presenta hábito intestinal normal, con cierta dificultad para defecar por el dolor que refiere*”.

El 30 de abril de 2002, se realiza Resonancia Magnética “*que no evidencia lesiones perianales o perirrectales*”, por lo que es dada de alta hospitalaria. Durante las revisiones en consultas externas, la paciente refiere estreñimiento, aunque la exploración anal es “*rigurosamente normal*”.

Por tanto, del informe y las pruebas diagnósticas efectuadas en el Hospital Morales Meseguer, únicamente queda acreditada la existencia de una fístula perianal, sin que se adviertan el resto de secuelas alegadas, tales como daños en la vejiga o el esfínter, estenosis

anal, que además resulta contradictoria con la normalidad que refleja la exploración anal, ni incontinencia de esfuerzo alguna, limitándose el paciente a referir que padece estreñimiento durante las revisiones a que es sometida.

En consecuencia, el único daño que consta acreditado como consecuencia de la intervención realizada el 27 de diciembre de 2001, es la existencia de una fístula, lo que es corroborado en el informe realizado por la doctora que atendió a la paciente en consultas externas y la derivó al Hospital Rafael Méndez de Lorca, con el diagnóstico de flemón-absceso perianal y con propuesta de drenaje. Al confirmarse el diagnóstico se intervino a la paciente, trabajándose sobre el espacio isquiorrectal, sin actuar sobre el canal anal ni la musculatura esfinteriana, *“no siendo posible que aparezcan secuelas en el ano tras una actuación sobre la fosa isquiorrectal exclusivamente”*. En cuanto a la fístula, es considerada en el mismo informe como *“curso previsible de un flemón perianal”*. Con posterioridad, ha sido atendida en el mismo centro hospitalario en múltiples ocasiones por referir estreñimiento o imposibilidad para evacuar, si bien el informe precisa que ya desde 1998 la paciente presentaba fases de estreñimiento.

Al folio 88 obra el informe de un cirujano del Hospital Rafael Méndez según el cual en una exploración anal efectuada en agosto de 2002, la última que consta en la historia clínica, se aprecia moderada hipertonia esfinteriana, con dolor a la palpación, más intenso en margen derecho, donde se aprecia una pequeña escotadura que podría corresponder a una fisura anal. El resto de la exploración anal fue normal. Debe advertirse, no obstante, que con anterioridad a esta exploración se realizaron numerosas exploraciones anales en los hospitales Morales Meseguer y Rafael Méndez, que resultaron normales, sin que se apreciara tal patología, lo que impide relacionarla causalmente con la intervención del 27 de diciembre de 2001.

En este mismo sentido se expresa el informe médico aportado por la compañía aseguradora, en la medida en que el drenaje del flemón perianal es una intervención que no afecta a los esfínteres ni a la vejiga, sin que los estudios y pruebas realizados con posterioridad a la intervención refieran afectación alguna del aparato esfinteriano. Las quejas de la enferma se refieren en todo momento a una estenosis anal, que comienza tras la intervención de hemorroidectomía y fistulectomía realizada en el Hospital S. C. de Murcia, ajeno al Sistema Nacional de Salud, por lo que parece claro que las posibles secuelas que refiere derivan de esta última intervención.

La Inspección Médica, por su parte, afirma que las alegaciones de daño en vejiga y esfínter no están justificadas, ya que según la descripción que hace la historia clínica de los procedimientos utilizados, ninguna de estas estructuras se manipuló o fue objeto de biopsia. No se pronuncia acerca de las secuelas de estenosis anal e incontinencia de esfuerzo.

A la luz de lo expuesto, únicamente cabe considerar acreditada la existencia de una fístula perianal como consecuencia de la intervención realizada el 27 de diciembre de 2001 en el Hospital Rafael Méndez. Respecto a los daños en vejiga y esfínteres, han sido explícitamente descartados por los diversos informes médicos. Finalmente, la estenosis anal y la incontinencia de esfuerzo que fundamentan la resolución de reconocimiento de incapacidad permanente total de la interesada, con fecha 17 de julio de 2003, no son detectadas hasta después de la intervención realizada en abril de 2002, en un centro sanitario privado y por profesionales ajenos al Servicio Murciano de Salud. En cuanto a la primera de las secuelas alegadas, si bien existe ya una cierta estenosis a 4 de marzo de 2002, ésta

se imputa por el médico que la asiste a las hemorroides de grado II que presenta la paciente y no se consideran una consecuencia del desbridamiento del flemón perianal. Por lo que atañe a la incontinencia de esfuerzo no existe ni una sola referencia a dicha patología en todo el dilatado proceso asistencial y tras las numerosísimas atenciones prestadas y pruebas realizadas a la paciente.

Tampoco existen referencias, ni mucho menos prueba alguna, a las alteraciones estéticas que la primera intervención pudo dejar en la paciente. Del mismo modo, tampoco las hay en relación a dolores intestinales que estén relacionados con la primera intervención y no con el estreñimiento crónico que la paciente viene sufriendo desde 1998 o con las dificultades para defecar secundarias a la intervención de abril de 2002.

Si a ello se une que la reclamante, con abandono de la carga procesal que le incumbe *ex articulo* 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha aportado al procedimiento prueba alguna que demuestre la conexión causal de dichas secuelas con la intervención realizada el 27 de diciembre de 2001, cabe concluir que la única secuela que cabe considerar derivada de ella es la fístula perianal, para cuya resolución se ofreció a la paciente ser operada en el Hospital Rafael Méndez de Lorca, en el que ingresó y fue sometida al preoperatorio necesario, si bien, no llegó a ser intervenida al solicitar el alta voluntaria para ser operada en la sanidad privada.

La actitud de la paciente, que rechaza la asistencia ofrecida por el Sistema Nacional de Salud y opta por la resolución de su fístula en un centro privado, impide imputar al Servicio Murciano de Salud las consecuencias derivadas de la atención sanitaria allí prestada. Asimismo, la interrupción del proceso asistencial público por la interferencia de una intervención quirúrgica que, siendo ajena al servicio público sanitario, es potencialmente capaz de dejar en la paciente las secuelas por las que ahora reclama, impide apreciar la existencia de una relación causal directa y exclusiva entre tales daños y el desbridamiento del flemón perianal realizado el 27 de diciembre de 2001.

Asimismo, en la medida que no puede considerarse acreditado que la estenosis anal y la incontinencia de esfuerzo que motivan la declaración de incapacidad permanente total de la reclamante, derivan de la intervención de diciembre de 2001, tampoco puede imputarse a la misma dicha incapacidad.

Corolario de lo expuesto es que no queda probado en el expediente que la intervención del 27 de diciembre de 2001 generara en la reclamante ninguno de los daños por los que reclama, a saber, estenosis anal con incontinencia de esfuerzo, daño estético y dolores intestinales, aunque sí le produjo una fístula residual como consecuencia de la mala cicatrización de la herida quirúrgica.

3. La “lex artis” y su prueba.

La determinación de si los daños sufridos por la interesada generan en ella el derecho a ser indemnizada, aparece íntimamente ligada al concepto de “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso pro-*

ducido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas y terapéuticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina.

En definitiva, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

Como ya se indicó con anterioridad, la interesada ha omitido practicar prueba pericial alguna para fundamentar sus imputaciones, por lo que los únicos documentos que efectúan

un análisis crítico de las actuaciones médicas desarrolladas son los diversos informes de los facultativos intervinientes en el proceso asistencial, la Inspección Médica y el informe pericial de parte aportado por la compañía aseguradora.

Al margen de las consideraciones ya efectuadas acerca de la ausencia de acreditación de que los daños alegados por la reclamante fueran causados por la intervención de 27 de diciembre de 2001, salvo la fistula anal, procede ahora contemplar esta actuación y su postoperatorio desde la técnica médica, pues si se ajustó a normopraxis, ninguna consecuencia indemnizatoria habrá de tener.

Para ello, siguiendo la secuencia cronológica de los hechos, ha de atenderse en primer lugar al informe elaborado por la facultativa (Dra. C.) que remite a la paciente al Hospital Rafael Méndez (folio 81 del expediente), adonde acude con diagnóstico de absceso-flemón perianal y propuesta de drenaje. Una vez confirmado el diagnóstico, se procede a intervenir esa misma tarde. Durante el acto quirúrgico *“se visualizó induración en margen anal izquierdo y se practicó incisión-drenaje sin evidenciar pus pero sí tejido inflamatorio”*. Las muestras de dicho tejido que se toman en el curso de la intervención, son informadas por el patólogo como *“tejido adiposo con inflamación crónica y fibrosis con agudización focal”*. El postoperatorio, continúa el informe, cursó precozmente, siendo dada el alta hospitalaria el 29 de diciembre, aunque precisando curas en centro de salud.

El 15 de enero de 2002, se anota en la hoja de curso clínico que *“persiste inflamación localizada, se ha cerrado en falso la piel, se abre en la cama de exploración con mosquito y queda cavidad pequeña en profundidad”*.

El 14 de febrero consta otra anotación, según la cual, la exploración física muestra un *“orificio con supuración escasa y bordes con tejido de granulación (impresiona como si fuera a quedar fistula perianal)”*.

El 4 de marzo de 2002, se realiza ecografía endoanal en el Hospital Morales Meseguer. El informe de dicha actuación revela *“supuración crónica por la zona de la cicatriz, sin fiebre ni otra sintomatología...hemorroides grado II con gran componente externo...Año ligeramente estenótico por las hemorroides. No se palpa ninguna colección. ...zona de absceso-flemonización que afecta todo el cuadrante anterior derecho por fuera del EAI, a nivel del espacio isquiorrectal y que contacta con el rafe anterior donde posiblemente se sitúe el orificio interno”*.

Según consta en el ya aludido informe de la Dra. C., *“como curso previsible de un flemón perianal, desarrolla una fistula definida mediante fistulografía realizada el 14 de marzo de 2002 como pequeño trayecto ciego”*. Días después, el 26, se realiza exploración en quirófano, visualizándose una fistula de 4 a 5 centímetros, proponiéndose fistulectomía de manera programada en un segundo tiempo, que no llega a realizarse al firmar la paciente su alta voluntaria.

Para la Inspección Médica, las manifestaciones de la reclamante acerca de los daños en el esfínter y la vejiga no están fundamentadas, pues ninguna de estas estructuras se manipuló ni fue objeto de biopsia. No se confirmó flemón perianal y la fistula diagnosticada al cabo de varios meses es posible tras el desbridamiento de la zona.

El dictamen aportado por la compañía aseguradora es más específico en su valoración de la actuación médica. Así, ante la sospecha de absceso-flemón perianal debe procederse de manera urgente a su drenaje (como se hizo), ya que su demora puede implicar un grave

empeoramiento de la situación local y general, llegando incluso a compromiso vital. Tras el drenaje simple, sólo un 30-40% de los pacientes desarrollarán una fístula, por lo que no está indicado el tratamiento de la misma en el momento del drenaje. Tras éste, la paciente es remitida a su domicilio con curas periódicas y control ambulatorio, lo que se califica como seguimiento adecuado. Asimismo cuando persiste el drenaje a través de una fístula, está indicado el tratamiento quirúrgico, previo estudio para valorar el trayecto fistuloso y la competencia del esfínter. En el supuesto sometido a consulta, no se limitó a ello el estudio, sino que se realizó uno completo para categorizar el tipo de fístula, trayecto y situación local, incluyendo ecografía endoanal y fistulografía. Indicada la intervención de fistulotomía, que es el tratamiento ideal para las fístulas simples, se programa la intervención y se realizó el preoperatorio, si bien no se realiza la intervención al solicitar la paciente el alta voluntaria.

En definitiva, la intervención estaba indicada ante la patología que presentaba la paciente; ésta se llevó a cabo de forma urgente, tal y como está indicado por la “*lex artis*” y el seguimiento también fue el adecuado. El desarrollo de la fístula tras el drenaje de un absceso es una circunstancia que se produce con relativa frecuencia, y no es acreditativa por sí misma de la existencia de mala praxis durante la intervención. En consecuencia, cabe afirmar que no ha quedado acreditada vulneración alguna de la “*lex artis*” durante la intervención del 27 de diciembre de 2001 y el seguimiento posterior, hasta la fecha en que la interesada decide ser tratada en la sanidad privada.

QUINTA.- La ausencia de consentimiento informado.

No obstante la conclusión alcanzada en las consideraciones precedentes, también cabe incluir dentro del concepto de *lex artis* el aspecto relacional médico-paciente, en alusión a la información que éste debe recibir de aquél respecto al proceso de su enfermedad o, como en el supuesto planteado, de su operación. Y en este marco es donde deben insertarse las manifestaciones formuladas por la reclamante sobre la información recibida: “*por sorpresa, sin realizar ningún análisis previo y sin informarle de nada, le dijeron que la iban a operar, le pusieron anestesia y la llevaron al quirófano*”.

Como ya dijimos en nuestros Dictámenes 114/2003 y 94/2005, es un criterio jurisprudencial consolidado -por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1998 (Sala de lo Civil) y 3 y 10 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)- que el derecho de información que ostenta el paciente deriva del principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, en tanto que debe constituir un acto clínico más. Su plasmación normativa se encontraba, en la fecha en que se producen los hechos de los que deriva la reclamación, en los apartados 5 y 6 del artículo 10 LGS, que establecían el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (artículo 10.5) y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo diversas excepciones. Hoy su regulación ha sido sustituida por los Capítulos II y IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley 41/2002).

La información previa al consentimiento, entendida como aquella que persigue que el interesado acceda o decida someterse a una determinada operación, con advertencia de riesgos, porcentaje de fracasos, alternativas de tratamiento, etc., trasladando al médico la

responsabilidad por los riesgos derivados de la intervención (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000), se constituye en un acto clínico más, por lo que el análisis de cómo se desarrolle este acto incidirá en el análisis de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos y en la determinación de su ajuste o no al estándar de funcionamiento del servicio asistencial, lo que determinará la antijuridicidad o no del daño que se anude a su falta de prestación.

En definitiva, ante una intervención médica que en lo técnico es conforme con la *lex artis*, pero en la que se ha producido un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible (en el supuesto sometido a consulta tal calificación merece la fístula, que se da en un porcentaje significativo de los pacientes sometidos a drenaje de un absceso perianal), la ausencia de consentimiento informado supondría trasladar al médico la responsabilidad por el resultado dañoso sufrido por el paciente, determinando que la lesión derivada de un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, de forma que, por no haber mediado esa información, el enfermo no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Advertida la importancia de la información en la relación médico-paciente, resulta necesario a continuación abordar el problema de su prueba. Respecto del consentimiento informado y dado que a la fecha de la intervención estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestarlo, resulta evidente que el medio de prueba ordinario será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse a la operación. Ahora bien, la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara: *“la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”*.

Aplicada la anterior doctrina al supuesto sometido a consulta, es evidente que no obra en el expediente el preceptivo documento de consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica de desbridamiento de flemón perianal, efectuada el 27 de diciembre de 2001.

Ahora bien, pese a la ausencia de constancia escrita para la primera intervención, cabe preguntarse si puede deducirse de la historia clínica que la paciente era conocedora de los riesgos inherentes a la citada técnica que, en realidad, luego acontecieron. De la historia clínica no se desprende ningún dato que pueda probar dicha información, y así lo corrobora

la Inspección Médica, cuando en sus conclusiones manifiesta que no puede evidenciarse que la paciente estuviera informada de los riesgos quirúrgicos del procedimiento llevado a cabo el 27 de diciembre. Por ello, negada la información sobre los riesgos de la intervención por parte de la paciente, incumbe a la Administración acreditar dicho extremo, dado que no existe consentimiento informado por escrito para la primera intervención, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta.

Del expediente se desprende, en consecuencia, que no existe prueba, ni siquiera indiciaria, de que la paciente recibiera información precisa sobre los riesgos de la intervención quirúrgica, ventajas e inconvenientes, y pronóstico sobre las probabilidades del resultado; pues, aunque se permita su práctica en forma verbal, debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la LGS.

Por tanto, la quiebra de la *lex artis* que permite imputar el daño a la actuación de los servicios públicos sanitarios queda limitada a la infracción del derecho a la información de la paciente, como ha quedado razonado en las consideraciones precedentes. Desde esta perspectiva, lo indemnizable será, precisamente, la ausencia del consentimiento informado. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de abril de 2000, acoge que la ausencia de consentimiento informado trae como consecuencia la imposibilidad de ponderar los riesgos y de sustraerse a la terapia ofrecida, pues genera una situación de inconsciencia provocada por la falta de información del riesgo existente imputable a la Administración sanitaria, que supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y susceptible de ser indemnizado, en tanto que vulnera un derecho del paciente muy directamente relacionado con su dignidad personal.

Precisamente por ello no cabe esgrimir, como hace la propuesta de resolución, que la intervención no le produjera ninguna de las secuelas por las que reclama, toda vez que en la doctrina jurisprudencial en que pretende apoyarse su argumentación (STS, 3ª, de 26 de febrero de 2004, que recoge la doctrina sentada en unificación por la STS de 26 de marzo de 2002), lo determinante es que en la intervención realizada con omisión de los deberes de información previa al paciente, se le ocasione un daño. Y así ocurre en el supuesto sometido a consulta, al actualizarse un riesgo de los tenidos por inherentes o típicos de la intervención, como es la generación de una fístula anal. Ello no debe ser óbice para advertir que, cumplido ese requisito de existencia de daño, lo indemnizable es la situación de inconsciencia que sufre la paciente, que le impide decidir adecuadamente sobre su salud y sustraerse, en su caso, a la intervención propuesta y a los riesgos presentes en ella y que, sin embargo, desconoce. Y, desde luego, la interesada sí reclama por tal concepto, en la medida en que su escrito inicial recoge de manera expresa que se le causa la fístula como consecuencia de la intervención, para la que no existe consentimiento informado.

SEXTA.- El quantum indemnizatorio.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, la reclamante se limita a expresar un importe global que solicita como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación, cuando le correspondía su probanza.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico sobre el resarcimiento por la inexistencia de consentimiento informado.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta, entre las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, que la indicación quirúrgica, la técnica aplicada y el seguimiento postoperatorio fueron los adecuados conforme al diagnóstico de la patología que padecía la paciente, según los informes obrantes en el expediente. También que las consecuencias dañosas de la intervención (fístula anal) pudieron haber sido resueltas en la Sanidad Pública de no optar la paciente por ser tratada en un centro sanitario privado. El resto de las secuelas alegadas por la interesada no han podido ser conectadas causalmente con la intervención efectuada en el Hospital Rafael Méndez, por lo que no pueden ser imputadas al Servicio Murciano de Salud, como tampoco la situación de incapacidad laboral derivada de aquéllas.

Respecto a las circunstancias personales de la paciente, pues se alude al quebranto de la economía familiar en relación con el daño, nada se prueba a este respecto por la reclamante, obrando únicamente en el expediente la declaración de incapacidad permanente total de la interesada, que atendido el grado de total, no absoluta, y la indicación de evitar trabajos que conlleven aumentos de la presión intraabdominal, no la incapacita para el desarrollo de cualquier actividad laboral.

Pues bien, en el presente caso, ponderando las circunstancias que concurren y atendiendo a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por este Consejo Jurídico (Dictamen 65/2003, entre otros) en supuestos similares, se estima que la cantidad de 3.000 euros resulta adecuada como global resarcimiento por los daños derivados de la inexistencia de consentimiento informado, sin perjuicio de las actualizaciones procedentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al advertir este Órgano Consultivo una infracción del deber de obtener el consentimiento informado de la paciente antes de intervenirla quirúrgicamente, determinante de un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos que genera responsabilidad.

SEGUNDA.- Se considera adecuada, como resarcimiento del daño padecido, la cantidad de 3.000 euros, con la correspondiente actualización.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 161/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. P. O., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 21/11/07

Extracto de Doctrina

El sistema público sanitario no se hace cargo de la asistencia prestada por los servicios ajenos cuando éstos se han utilizado por decisión propia de la interesada, y cuando, como en este caso, el recurso a los servicios ajenos no está motivado por la denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria, teniendo la interesada, de estimarlo necesario, según el artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1”

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 17 de junio de 2005, D. J. P. O. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los daños sufridos, que atribuye a la actuación negligente del Servicio de Traumatología del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena.

Describe lo ocurrido del siguiente modo: la paciente ingresó el 22 de junio de 2004 en el Hospital Santa María del Rosell, al haber sufrido una caída desde unos 7 metros de altura que le dañó el miembro inferior izquierdo y la muñeca izquierda, siendo intervenida el 29 del mismo mes, y se le realizó una osieosíntesis pilón tibial con tornillos intrafragmentarios y placa atornillada, síntesis con lomillo en escafoides carpiano derecho y fijador externo de muñeca izquierda. Fue dada de alta el 2 de julio siguiente.

Relata que al no experimentar mejoría, e indicarle los médicos que la atendían que su situación era normal, y que debía continuar en silla de ruedas y con el tratamiento prescrito, acudió a la consulta privada de un especialista, el Dr. C. C. S., quien le recomendó intervenir nuevamente, intervención que se practicó el 15 de enero de 2005, siendo posteriormente reintervenida (el 5 de marzo siguiente).

Como consecuencia de los hechos relatados la interesada solicita que el Servicio Murciano de Salud le abone los siguientes gastos:

- Alquiler de una silla de ruedas: 658 euros.
- Honorarios médicos de la intervención de pie/mano: 1.800 euros.
- Factura de la C. M. C.: 1.062 euros.
- Anestesista: 900 euros.
- RX: 21 euros.
- 15 sesiones de Fisioterapia: 165 euros.
- Medias: 115,75 euros.
- Férula multiarticulada pie zambo: 327,98 euros.

Además de estos gastos, que ascienden a la cantidad de 5.049,73 euros, solicita los correspondientes a la asistencia de una tercera persona en concepto de ayuda, que ascienden a 600 euros al mes, durante un año.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de julio de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial, que es notificada a las partes interesadas, así como al Hospital Santa María del Rosell, solicitando la historia clínica de la paciente, y los informes de los facultativos que la atendieron.

TERCERO.- El 29 de julio de 2005 (registro de salida), el Director Gerente de Atención Especializada del Hospital Santa María del Rosell remite la historia clínica, acompañada de un informe del Dr. D. A. M. G., del Servicio de Traumatología (folio 14):

“Enferma de 31 años con antecedentes trastornos obsesivos-compulsivos en tratamiento con Psiquiatría.

Fue atendida en nuestro Servicio por traumatismo que sufrió tras al parecer haber tenido un intento de autolisis de unos 6-7 metros.

A su ingreso presenta deformidad en tobillo y muñeca izquierda siendo diagnosticada:

- Fractura conminuta pilón tibial izquierdo.*
- Fractura escafoides carpiano izquierdo.*
- Fractura conminuta muñeca izquierda.*

El 29 de junio de 2004 es intervenida practicándosele reducción y síntesis de sus fracturas:

- Fractura pilón tibial con tornillos interfragmentarios y placa distal tibia LCP.*
- Fractura escafoides con lomillo de Herber.*
- Fractura conminuta extremidad distal cubito y radio intraarticular con fijador externo Ortofix.*

Fue dada de alta hospitalaria el 2 de julio de 2004.

El día 7 de julio de 2004 fue atendida en la Consulta donde se practica cura de heridas, limpieza de fijador y se le colocó férula en tobillo.

El 16 de julio de 2004 se le practicó nueva cura quitándosele las grapas.

El 29 de julio de 2004 se le vieron nuevas radiografías en las que el tobillo esta bien y existía la gran afectación conminuta de la muñeca y se le mandó a Rehabilitación para su recuperación funcional.

El 19 de agosto de 2004 fue vista en Consulta retirándosele el fijador para que comenzara a mover la muñeca y se le pidió nuevo control dentro de 1 mes para valorar el apoyo.

A partir de esta lecha la enferma no ha vuelto a la Consulta ni al Servicio de Traumatología de nuestro Hospital.”

CUARTO.- Recabado el informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Médicas (Inspección Médica), es evacuado el 30 de octubre de 2006 con las siguientes conclusiones (folios 55 y ss.):

“1. No existió denegación de la asistencia sanitaria por parte del Servicio Público de Salud. La paciente no volvió a consultas Externas, ni al Servicio de Traumatología, estando citada un mes después de su última visita para valorar su evolución.

2. Se utilizaron los servicios privados por decisión propia de la interesada, sin que existiese una necesidad de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital.

3. No estaban agotadas las posibilidades terapéuticas por parte de los facultativos del Servicio Público de Salud optando por continuar el proceso en la medicina privada, pudiendo optar por una segunda opinión facultativa sobre su proceso, conforme a lo establecido en la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud”.

QUINTO.- Requerida la reclamante para que propusiera medios de prueba, presenta escrito (folio 65) solicitando, como testificales, su declaración y la de su esposo, como documental las historias clínicas de la interesada en el Hospital Santa María del Rosell y en la C. M. C., así como la pericial de Dr. D. C. C. S..

Mediante escrito motivado de la instructora se le notifica a la reclamante que se ha estimado innecesaria la testifical propuesta, puesto que la controversia es de índole médica, si bien podrá formular en el escrito de alegaciones las consideraciones que estime oportunas.

Respecto al historial en la C. M. C., y la pericial del doctor que le atendió en aquélla, se le traslada que debe ser aportada por la reclamante en un plazo de 30 días, transcurridos los cuales, sin que fuera cumplimentada, se otorga trámite de audiencia a todos los interesados.

SEXTO.- El 2 de mayo de 2007, la reclamante presenta escrito de alegaciones, en el que manifiesta que durante el procedimiento se ha probado que existe relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario, y que se trata de daños que no está obligada a soportar, solicitando una cuantía indemnizatoria de 12.249,73 euros, incluyendo los gastos de una asistenta durante un año.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 9 de mayo de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse probado la existencia de nexo causal entre el daño que padece la reclamante y la asistencia recibida de los profesionales del Servicio Murciano de Salud.

OCTAVO.- Con fecha 25 de mayo de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

La Administración regional, en tanto titular del servicio público sanitario al que se atribuye la actuación negligente (Hospital Santa María del Rosell) ostenta la legitimación pasiva, siendo órgano competente para su resolución el titular de la Consejería de Sanidad, conforme a lo establecido en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por último, cabe indicar que la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que la paciente fue dada de alta de la intervención quirúrgica el 2 de agosto de 2004 y la reclamación fue presentada el 17 de junio de 2005, incluso sin tener en cuenta que, en el caso de daños de carácter físico, el plazo empieza a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas, como especifica el precitado artículo.

TERCERA.- Procedimiento.

Aunque la reclamante ha solicitado como cuantía indemnizatoria los gastos ocasionados por su intervención en una clínica privada, ha utilizado como cauce para su reparación el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, y no el medio de reparación específica encaminado al reintegro de gastos por utilización de medios ajenos a la Seguridad Social, que circunscribe tal posibilidad a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud (vigente en aquel momento el artículo 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, hoy sustituido por el artículo 4 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que deroga al anterior, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización), circunstancias que no concurren en el presente supuesto, como expresa el informe de la Inspección Médica, que señala que se utilizaron los servicios privados por decisión propia de la interesada, sin que existiese una necesidad de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital. En todo caso, para el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada es preciso que concurren los requisitos previstos en el artículo 139 y ss. LPAC (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4ª, de 24 de noviembre de 1999 y Dictamen núm. 2850/2003 del Consejo de Estado), cuya acreditación será objeto de análisis en la siguiente Consideración.

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

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

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

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por lo tanto, ha de examinarse en el presente supuesto si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, se ha producido el daño que la reclamante alega, es decir, el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada y de asistencia de terceras personas, por la desatención y negligencia del Servicio de Traumatólogía del Hospital Santa María del Rosell, tras la intervención quirúrgica a la que fue sometida. Pues bien, desde esta perspectiva, comparte el Consejo Jurídico la propuesta desestimatoria, por considerar que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por las siguientes razones:

1ª. Consta que la paciente, tras la intervención quirúrgica y el alta hospitalaria (el 2 de julio de 2004), fue objeto de seguimiento, acudiendo a consulta en diversas ocasiones,

según se describe en el Antecedente Tercero, los días 7, 16 y 29 de julio, 19 de agosto y 2 de septiembre del mismo año; en esta última fecha fue vista en consultas retirándole el fijador para que comenzara a mover la muñeca, indicándole el plazo de un mes para nuevo control. Sin embargo, la paciente no acudió a la consulta del Servicio de Traumatología para la revisión indicada, como indica el Dr. M. del citado Servicio; por el contrario, en el mes de diciembre, acude a la consulta de un médico privado, conforme relata en el escrito de reclamación, pues no ha aportado la historia clínica ulterior en el centro privado al que acudió.

De ahí que la Inspección Médica concluya en que se utilizaron los servicios privados por decisión de la interesada, sin que exista denegación de asistencia por parte del Servicio Público de Salud, pues la paciente no volvió a consultas externas, estando citada un mes después de su última visita para valorar su evolución.

2ª. Que la reclamante, a quien incumbe según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado la infracción de la *lex artis ad hoc* en la prestación sanitaria pública, sin que tan siquiera haya aportado la prueba pericial que propuso, pese a haber sido requerida para ello por la instructora.

3ª. Tampoco ha realizado alegaciones tendentes a desvirtuar las conclusiones del informe de la Inspección Médica, por lo que ha de estarse a su parecer dado su carácter técnico, según ha indicado el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos los núms. 133/2004 y 56/2005).

4ª. A mayor abundamiento, y conforme al informe de la Inspección Médica, el sistema público sanitario no se hace cargo de la asistencia prestada por los servicios ajenos cuando éstos se han utilizado por decisión propia de la interesada, y cuando, como en este caso, el recurso a los servicios ajenos no está motivado por la denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria, teniendo la interesada, de estimarlo necesario, según el artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1”.

En consecuencia, no existiendo elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, ni siquiera indiciariamente, que lleve a la convicción de que los servicios sanitarios no actuaron conforme al estándar de atención médica exigible a las circunstancias del caso, procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Por último, respecto a la cuantía reclamada tampoco aporta la reclamante la acreditación documental de los gastos, ni la justificación de la asistencia prestada por una tercera persona durante el año que reclama.

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

CONCLUSION

ÚNICA.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la existencia de nexo causal entre la actuación del servicio público sanitario y los daños alegados por la reclamante, cuya cuantía tampoco se justifica documentalmente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 162/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. M. B. J., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sociales.

Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)

Fecha: 26/11/07

Extracto de Doctrina

Para el legislador (siguiendo en esto lo suscrito por España en los tratados internacionales sobre la materia), la regla general es la del mantenimiento de la situación familiar originaria del menor, y la excepción (que, por tanto, habrá de justificarse adecuadamente) la extracción del menor de dicho entorno familiar; en la medida y con el alcance que sea necesario para salvaguardar su interés, que es, en todo caso, prevalente a cualesquiera otro legítimo que pudiera concurrir.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 30 de mayo de 2006, D. M. B. J. solicitó de la Administración regional una indemnización de un millón de euros como resarcimiento por el daño moral derivado de la muerte de su hija M. B. A. acaecida en torno a la noche del sábado 21 al domingo 22 de mayo de 2005 en Las Torres de Cotillas. En síntesis, señala que la muerte de su hija a manos de su ex mujer, M. A. M., que se suicidó seguidamente, descubriéndose el hecho el 30 de mayo siguiente, según las diligencias penales tramitadas por tales hechos, se debió al “*anormal funcionamiento de las administraciones públicas*”, entre las que incluye a la regional y, en concreto, al departamento competente en materia de servicios sociales, por lo que reclama a la Comunidad Autónoma la citada cantidad. Alega que el 13 de abril de 2005, él y D. L. F. S. M., casado entonces con su ex mujer, comparecieron ante la Guardia Civil de Alcantarilla, donde este último denunció haber sido testigo de reiterados malos tratos de su mujer a la niña, dando, además, la identidad de otros testigos de tales hechos; añade que la Guardia Civil intentó localizar a la madre, sin conseguirlo, remitiendo la denuncia el 21 de abril siguiente al Juzgado de Instrucción Decano de Molina de Segura y al Fiscal de la Audiencia Provincial de Murcia. Asimismo, afirma que el 13 de abril de 2005 ambos comparecieron ante la Dirección General de Familia para denunciar la situación, diciéndoles allí que no podían hacer nada, y que no tiene noticias de que dicha Dirección iniciase investigación alguna por aquellos hechos; añade, no obstante, que el 11 de mayo de 2005 una funcionaria de los servicios sociales del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas visitó a madre e hija en el domicilio de éstas, no observando nada anormal, concertando una nueva cita para el 24 de mayo siguiente (que fue ya infructuosa, pues aquéllas fallecieron entre el 21 y 22 anterior, según la autopsia practicada).

A su escrito aporta, entre otra documentación, copia de la denuncia formulada ante la Guardia Civil por el señor S. M. y de las diligencias comprensivas de las declaraciones de la reseñada funcionaria municipal, del señor S. M. y del padre de su ex mujer, obrantes en el sumario 2/2005 instruido tras el fallecimiento por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Molina de Segura. Solicita, además, la práctica de diversas pruebas documentales (los informes médicos de su ex mujer obrantes en los autos del proceso de separación contenciosa nº 69/2001, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Molina de Segura, los

autos del citado sumario 2/2005 y el expediente administrativo que pudiera haber incoado la Dirección General de Familia para el seguimiento de la situación denunciada), así como la prueba testifical del señor S. M..

SEGUNDO.- Solicitado informe al Servicio de Protección de Menores de la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales (con carácter previo a la formal admisión a trámite de la reclamación), fue emitido el 28 de junio de 2006, que expresa lo siguiente:

“1.- Que en el Servicio existe el correspondiente expediente abierto con fecha 25/04/05, relativo a la menor M. B. A., consecuencia de comparecencia realizada por D. L. F. S. M., en la sede de la Mancomunidad de Servicios Sociales del Sureste el 18 de abril de 2005.

2.- Que consecuencia de la apertura del expediente entre la fecha de la misma y la muerte de la menor M. B. A. a finales del mes de mayo, el Servicio de Protección de Menores realizó las siguientes actuaciones:

- Solicitud de protocolo de observación de situaciones de riesgo al Centro donde estaba escolarizada, cumplimentado el 17 de mayo de 2005.*
- Solicitud a la Fiscal de Menores del Informe médico sobre la situación de salud de la menor, con fecha 5 de mayo de 2005.*
- Registro de llamada telefónica de 5 de mayo de 2005 intercambiando información con la trabajadora social del Centro de Servicios Sociales de Las Torres de Cotillas.*
- Solicitud de Informe Social al Centro de Servicios Sociales de Las Torres de Cotillas con fecha 5 de mayo de 2005.*
- Registro de llamada telefónica sobre situación de la familia y su entorno, de 30 de mayo de 2005.*

3.- Que la documentación solicitada, con anterioridad al fallecimiento de la menor, se había recibido en su totalidad, a excepción del Informe Social, el cual no fue ya enviado, por no considerarlo el Centro de Servicios Sociales necesario, ya que se había producido el fatal desenlace.

4.- Que de toda la información recibida y que consta en el expediente, no se deriva que la menor se encontrase en una situación de grave riesgo para su vida, por lo que no se adoptaron medidas de urgencia, ya que no se consideraron necesarias.

5.- Que con fecha 31 de mayo de 2005 se procedió a dar de baja el expediente por fallecimiento de la menor.

6.- Que desde el 24 de abril de 2005, fecha de apertura del expediente y el 31 de mayo del mismo, fecha de baja, se realizaron todas las actuaciones que constan en el expediente, sin embargo, en el punto segundo del escrito de Reclamación, afirma el interesado que la Administración en este caso, ha tenido un anormal funcionamiento, pues ni él y el marido actual han tenido conocimiento de que se estuviese realizando investigación alguna. Consta que se había comunicado a D. M. A. M. la apertura del correspondiente expediente relativo a la situación de la hija, pero no pudo realizarse a la madre (sic, debe decir el padre) de la menor por no disponer de dirección alguna.

Por todo lo expuesto, este Servicio propone no se estime la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial contra la Consejería de Trabajo y Política Social, por entender que las actuaciones realizadas fueron adecuadas en tiempo y forma, ya que la adopción de medidas urgentes en casos de protección de menores requieren de disponer de la información contrastada suficiente”.

TERCERO.- Obran incorporados al expediente remitido los documentos correspondientes a las actuaciones a que se refiere el transcrito informe, en especial los cuestionarios cumplimentados por el centro escolar de la niña relativos a su aspecto físico y comportamiento, y el relativo a los padres, remitidos al citado Servicio el 17 de mayo de 2005.

CUARTO.- El 25 de julio de 2006, la Consejera de Trabajo y Política Social acuerda admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designa instructor del expediente, siendo notificado al interesado y a la compañía aseguradora de la Administración regional, acordándose la apertura de un período de prueba, en el que el reclamante presentó el 10 de agosto siguiente un escrito justificando la cuantificación indemnizatoria del daño moral inherente a la muerte de su hija, aportando copia de los informes médicos de la señora A. M. obrantes en los Hospitales “*Morales Meseguer*” y “*Virgen de la Arrixaca*” a que se refería el reclamante en su escrito inicial, volviendo a solicitar la incorporación al expediente de copia del sumario ordinario 2/2005 y la testifical del señor S. M..

QUINTO.- Solicitada la oportuna documentación del sumario 2/2005 al Juzgado de Instrucción nº 2 de Molina de Segura, éste informa el 11 de septiembre de 2006 (recibido en la Consejería el 22 siguiente) que las actuaciones se remitieron a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, que incoó el Rollo 53/2005.

SEXTO.- Solicitado informe al Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas sobre los hechos en cuestión, el 12 de septiembre de 2006 es remitido a la Consejería un informe de 6 de junio de 2005 emitido por la Trabajadora Social que realizaba el seguimiento de la situación denunciada, que expresa lo siguiente:

“Que D. M. A. M. tiene abierto expediente familiar desde el 03 de Diciembre de 2002, a causa de una solicitud de Reconocimiento de Grado de Minusvalía; solicitaba esto debido a su deteriorado estado de salud provocado, según declaraciones de ella, por un accidente de tráfico.

En abril de 2003 se le solicita un Ingreso Mínimo de Inserción, el cual se le concede y percibe durante un año, efectuando desde los Servicios Sociales un seguimiento de la situación familiar.

En agosto de 2004, se extingue esta prestación. M. declara que su situación ha mejorado y que no necesita apoyo de los Servicios Sociales. Durante meses, no acude a Servicios Sociales. El Centro Escolar donde está matriculada su hija es visitado periódicamente, sin existir ninguna incidencia ni indicador de que su hija pudiese encontrarse en una situación de riesgo.

El 5 de Mayo de 2005, en conversación telefónica con una trabajadora social del Servicio de Protección de Menores sobre otros expedientes familiares, ésta refiere que existía una denuncia en Protección de Menores sobre una posible situación de riesgo de la menor M. B., por parte del actual marido de su madre, por lo que se solicitaría en tiempo y forma la petición de informe social a los Servicios Sociales Municipales. Esta información sorprende a la Trabajadora Social de Zona, al comprobar que las fechas en las que

supuestamente M. había contraído nuevo matrimonio, era perceptora del IMI y no había notificado, siendo uno de los compromisos el comunicar cualquier cambio en su situación familiar y/o económica.

A raíz de esta llamada se concierta una cita con M. A. para hablar de su situación.

Con fecha 10 de Mayo de 2005, acude M. A. a las dependencias municipales de Servicios Sociales, por lo que se le pregunta por qué no comunicó en su día su nueva situación y se le informa que se va a realizar un estudio de su situación actual por existir en Protección de Menores una denuncia de su expareja, de malos tratos de ella hacia su hija. M. responde que el maltratador es el denunciante y que había tenido que separarse por continuas amenazas de él hacia ella y hacia su hija. En ese momento se programa una visita domiciliaria para el día siguiente.

Que con fecha 11 de mayo de 2005, sobre las 13,15 horas, se realiza visita domiciliaria, encontrándose en la casa M., quien muestra voluntariamente la casa. Se realiza a la usuaria una entrevista en profundidad sobre su situación en los últimos meses y actualmente, declarando ella que tanto su hija como ella recibían amenazas de muerte de L. F. y enseña a la Trabajadora Social cartas manuscritas que guardaba en una carpeta azul, y mensajes de un teléfono móvil en el que se leían esas amenazas. Se le ofrece a M. contactar con el 112, se le dan orientaciones para que cambie la cerradura de la puerta de su casa, pero declara que no era necesario. En la habitación de su hija había también un panel de corcho con algo escrito en el mismo sentido de amenaza, declarando M. que se trataba de L. F. En cuanto a la menor, acude regularmente al colegio, donde no existe ningún indicador de riesgo. Se trata de una niña muy introvertida, que aparte del colegio no sale mucho de casa. Pasa mucho tiempo viendo la televisión y su aspecto externo es normal. M. tenía preparada la comida para ambas, y se observa cariñosa en el trato con su hija. Como conclusión de esta primera visita, no se observa ninguna situación de desamparo de la menor, no existiendo ningún indicador en el colegio, ninguna denuncia ni información de vecinos o familiares y siendo todo aparentemente normal. Debido al carácter eufórico que presenta M. a pesar de las circunstancias, y ante la información de protección de menores de que van a solicitar por escrito un informe social, se valora el seguir realizando un seguimiento familiar, puesto que existe una denuncia de posibles malos tratos hacia la menor. Se concierta una nueva cita el 24 de mayo de 2005, en las dependencias municipales de Servicios Sociales.

Que el 24 de Mayo de 2005, M. no acude a esta cita, por lo que la Trabajadora Social programa una visita domiciliaria para el 30 de Mayo.

Que el 25 de Mayo de 2005, se recibe por correo la petición de informe del Servicio de Protección de Menores.

Que el 30 de Mayo de 2005, a primera hora de la mañana, y antes de la hora programada para la visita domiciliaria, se recibe en el Centro de Servicios Sociales al padre y a una prima de M. A., preguntándonos si sabíamos algo de ella, mostrándose muy preocupados por no saber nada de ellas desde hacía días, que no las habían visto a pesar de que hacía mucho tiempo que no se hablaban ni tenían ningún tipo de relación. Esta información sorprende a la Trabajadora Social, al no coincidir con lo que M. relató de la relación con su padre dos semanas antes. Se llama por teléfono, pero aparece el buzón de voz. Seguidamente a esta entrevista, se realiza llamada telefónica al Servicio de Protección de Menores, para informarles verbalmente de los nuevos datos sobre el caso y se realiza

una visita domiciliaria, sin abrir nadie la puerta. Se le orienta a los familiares para que denuncien la desaparición a los organismos pertinentes.

Que con fecha 31 de Mayo de 2005, se conoce el fallecimiento de M. y de su hija, que son encontradas en el domicilio por la Guardia Civil en avanzado estado de descomposición. Se cierra en los Servicios Sociales Municipales el expediente familiar”.

SÉPTIMO.- Solicitada de la Audiencia Provincial de Murcia la documentación relativa al sumario 2/2005, es remitida mediante oficio de su Presidente de 6 de octubre de 2006, recibida en la Consejería el 19 de dicho mes.

En síntesis, de la instrucción de dicho sumario se extrae que, entre el día 21 y 22 de mayo de 2005, la ex mujer y la hija del reclamante fallecieron en su domicilio de Las Torres de Cotillas por causa de intoxicación por ingesta de fármacos, no encontrando los agentes actuantes ni el forense, en la autopsia practicada, ningún signo de violencia física externa, estimando el último de los citados que la secuencia probable de los acontecimientos resultó ser que la madre intoxicase a su hija y luego lo hiciera a sí misma, en la fecha antes indicada. En concreto, por lo que respecta a la hija del reclamante, de 8 años de edad, señala el forense que el cuerpo se encuentra en avanzado estado de autólisis y putrefacción, no obstante no se aprecian signos externos de violencia.

Por lo que se refiere a las declaraciones de los familiares de las fallecidas realizadas en el referido sumario a la Policía Judicial, constan las del hermano y las primas hermanas de la fallecida señora A. M., en las que coinciden en el carácter violento de la misma y en no constarles que maltratara a su hija. Uno de estos familiares, doña A. M. M., declara que el 21 de mayo de 2005 *“vió bastante bien a su prima hermana, no detectando ninguna cosa rara”*. En posterior declaración ante el Juzgado instructor, esta misma persona ratificó su opinión, expresando *“que la vió el 21 de mayo, y que la vió totalmente normal, que no vio nada raro. Que el día 23 de mayo fue el cumpleaños de la niña. Que M. le dijo que para el lunes 23 de mayo compraría una tarta. Que todo era de lo más normal”*.

Asimismo, obran en el sumario otras declaraciones, ante el Juzgado instructor y ante la Policía Judicial, destacándose lo siguiente:

– Declaración del padre y abuelo de las fallecidas, que manifestó:

“Que vió a su hija seis o siete días antes de los hechos. Que hacía un año que ella le había dicho que no fuera a su casa. Que él pasaba por su casa para preguntarle si necesitaban algo, y que ella le decía que no necesitaba nada. Que la última vez que la vió la encontró un poco nerviosa. Que alguien le dijo que la herencia que le tocaba de su abuela se la habían llevado del banco. Que sabe que últimamente estuvo M. hablando con un tío suyo con el que hacía más de quince años que no hablaba. Que el declarante cree que ese tío que se llama J. M. N. pudo poner nerviosa a su hija. Que luego ha habido comentarios de que la denunciaron a su hija para que la viera un psicólogo pero que parece ser que dijo que estaba bien”.

– Declaración de la Trabajadora Social del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, de la que se destaca lo siguiente:

“Que el pasado día 10 de mayo actual, y cuando la declarante se encontraba en su oficina de trabajo en Las Torres de Cotillas, fue visitada por M. A. M. (fallecida); que la declarante le comentó que quería visitarla ya que había una comparecencia de su ex

marido L. F., en Protección de Menores de Murcia, así como que a partir de la fecha la declarante iniciaba un seguimiento de su situación familiar.

Que M. A. le comentó resumidamente cuál era su situación actual, como que se había casado y se había separado, etc., quedando la declarante en ir a visitarla al día siguiente.

Que sobre las 13'15 del día 11 de mayo actual, la declarante se dirige al domicilio de M. A., sito en C. P., de Las Torres de Cotillas, encontrándose en el mismo M., quien le enseñó la casa, y le comentó las amenazas que recibía de su ex marido L. F., que le enseñó cartas manuscritas, que según M. había escrito L. F. (como unas 10 o 12), que algunas de ellas eran de amor, y en otras hacía alusiones a que si M. no volvía con él, se verían los tres en el cielo, que estas cartas las guardaba en una carpeta azul; que también le enseñó un teléfono móvil de la marca NOKIA, en el que había mensajes de texto en el mismo sentido y con la misma redacción que las cartas y que según M. también habían sido enviados por L. F.

Que M. llevó a la declarante hasta la primera habitación que hay junto a la entrada al domicilio en el lado izquierdo, y le enseñó un panel de corcho en que había una nota manuscrita en el mismo sentido que las cartas y los mensajes del teléfono, no recordando exactamente lo que decía la nota, si bien le comentó M. que la había escrito L. F.

Que M. también le mostró denuncias que tenía contra su marido, preguntándole a M. si su ex marido L. F. tenía llaves de la casa, a lo que esta contestó que no, que se las había devuelto.

Que también le comentó que su hija no salía mucho a la calle y que le había puesto un canal infantil de televisión, que ella sin embargo dedicaba mucho tiempo a estar conectada a Internet.

Que posteriormente llegó la niña del colegio, que serían sobre las 14'10 horas aproximadamente, que la declarante observó que la relación de la madre con su hija era normal, no apreciando ningún indicador de riesgo en esos momentos.

Que la declarante se marchó de su casa, no sin antes, haber concertado una nueva cita para el día 24 de mayo actual, a las 11'00 de la mañana en el Centro de Servicios Sociales de Las Torres de Cotillas.

Que el día 24 de mayo actual, M. no asistió a la cita, no dando mayor importancia a este hecho, pensando la declarante en visitar nuevamente a M. el día 30 de mayo actual.

Que el día 30 de mayo actual, la declarante recibe en su oficina del Centro de Servicios Sociales, al Padre y a una Prima de M. A., preguntándoles estos a la declarante, si sabía algo de M. o de su hija, mostrando estos familiares preocupación por no saber nada de ellas desde hacía días; que la declarante les dice que no sabía nada de ellas y que pensaba ir a su domicilio esa misma mañana, que en ese momento la declarante y en presencia de estos familiares, llamó por teléfono al móvil de M. dejándole un mensaje ya que no contestó.

Que la declarante les comentó a los familiares que fueron a visitarla que se dirigieran a la Policía Local para preguntar que es lo que tenían que hacer ya que no sabían nada de M. y de su hija.

Que la declarante se enteró ese mismo día por la tarde de lo sucedido”.

– Declaración del marido de la fallecida, de la que se destaca lo siguiente:

a) Ante la Policía Judicial:

“PREGUNTADO para que diga cuando fue la última vez que vió a su ex mujer, DICE, que fue entre los días 10 y 13 de abril actual, que fue cuando tuvo el altercado con ella en la puerta de la casa de su tía A..

PREGUNTADO para que diga si su ex mujer era agresiva o violenta, DICE, que SÍ, que llegó a pegarle e incluso le ha amenazado con un cuchillo en diciembre de 2004 y en enero de 2005. que a la niña le ha pegado en repetidas ocasiones, que la cogía de los pelos y la levantaba; que en otras ocasiones la cogía de la cabeza y le daba contra el suelo.

PREGUNTADO para que diga por qué no denunció esta situación con anterioridad, DICE, que la quería mucho, y tenía la esperanza de que se corrigiera esa actitud.

PREGUNTADO para que diga si hay testigos de los maltratos, DICE, que él es testigo, y una prima suya que se llama D. C. que vive en C. G. que está en la localidad de Balsicas; que si hiciera falta podría localizar; que la niña ha confesado a esta prima suya que su madre le pegaba. Que el teléfono de su prima es X.

PREGUNTADO para que diga si ha amenazado de muerte en alguna ocasión a su ex mujer, DICE, que NO, nunca.

PREGUNTADO para que diga si le ha mandado mensajes por teléfono móvil amenazándola, DICE, que no, que le ha puesto mensajes por teléfono, pero nunca amenazándola.

PREGUNTADO para que diga si le ha escrito cartas amenazándola con matarla si no volvía con él, DICE, que le ha escrito cartas, pero nunca de amenaza, sino de querer arreglar las cosas.

PREGUNTADO para que diga si ha escrito una nota manuscrita con rotulador en un panel de corcho que se encontraba en la primera habitación del domicilio a la izquierda en el que se puede leer “DEJAME VOLVER AL CIELO NUNCA OS SACARE DE EL HOS QUIERO”, DICE, que sí, que la escribió él, y que quería decir que le dejaran volver a su casa para estar con ellas”.

b) Ante el Juzgado instructor:

“Que se afirma y ratifica en su declaración ante la Guardia Civil.

Seguidamente se le exhibe la carta obrante en el atestado ampliatorio de la Guardia Civil manifestando que escribió la misma, que fue una nota que dejó en el buzón, así como también escribió la nota que estaba en el Tablón. Que todo ello se escribió aproximadamente entre diciembre de 2004 y enero de 2005, y lo que intentaba el declarante era volver con D. M.. Que intentó solucionar los problemas con M. por las buenas, tanto los que tenía con ella como los que tenía con la niña. Que se marchó el día 13 de abril. Que los malos tratos físicos a la niña han sido presenciados por el declarante y que los malos tratos verbales que excedía de las regañinas normales también han sido presenciados por el declarante y sabe que la niña se los contó tanto a la prima del declarante como a sus profesores según la niña a su prima. Que sabe que también el abuelo de la niña, Santiago, ha presenciado

malos tratos verbales. Que a Santiago lo trataba bastante mal. Que ese comportamiento agresivo fue de menos a más y comenzó a ser preocupante desde diciembre del año pasado. Que el día 13 de abril fue el último día que vió a la niña, por lo que le dijo M. que iba a hacer en Internet. Que fue a contárselo a la familia de M. pero no le hicieron caso, concretamente a su tía N.. Que entonces se puso en contacto con M. y fueron a varios organismos a denunciar lo que ocurría con la niña pero que los fueron mandando de uno a otro, y que no recuerda exactamente cuáles fueron esos organismos. Que M. tomaba Trankimazin y no sabe si alguna medicación más. Que se encontraban en trámite de separación”.

– Declaración del reclamante:

“Que se afirma y ratifica en la declaración prestada ante la Guardia Civil. Que el día 21 de abril fue a ver a su hija al colegio porque el padastro de la misma le dijo que su madre la maltrataba. Que vió a la niña muy triste. Que los profesores le dijeron que la niña iba bien en los estudios pero que estaba muy triste. Que llevaba casi dos años sin ver a la niña porque su ex mujer no le dejaba. Que el día 23 de mayo volvió al colegio para darle un regalo a la niña porque era su cumpleaños pero que en el colegio le dijeron que no había ido y que ya no la ha vuelto a ver. Que cuando fue hace dos semanas aproximadamente a recoger las pertenencias de su hija, el director del colegio le dijo que habían llamado a Asuntos Sociales hacía aproximadamente un mes.

Que su ex mujer no estaba bien de la cabeza. Que desde 1998 tomaba trankimazin y tenía un problema de esquizofrenia y que no se podía vivir con ella”.

Obra también en el sumario una diligencia de la Policía Judicial para hacer constar el 1 de junio de 2005 que, en conversación telefónica con la abogada de la señora A. M. en asuntos anteriores, la letrada manifiesta que habló telefónicamente con su cliente el viernes día 20 de mayo de 2005 o el lunes 23 siguiente, no recordándolo exactamente, y que el motivo de la llamada fue para facilitarle dicha cliente sus nuevos números de teléfono.

Obran también en el sumario diversos informes médicos sobre asistencias sanitarias prestadas a la señora A. M. entre los años 1999 a 2005.

Finalmente, consta Auto de 10 de noviembre de 2005, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el que acuerda el sobreseimiento provisional de la causa; Auto que es aclarado por otro de 31 de marzo de 2006 en el que se elimina del primero la referencia que allí se hacía a la no reclamación de los perjudicados, corrección hecha a petición de la representación procesal del hoy reclamante en vía administrativa.

OCTAVO.- El 6 de noviembre de 2006 se otorga a los interesados el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, presentando alegaciones la letrada del reclamante con fecha 24 siguiente, en las que reitera su imputación de anormal funcionamiento de los servicios sociales, pues, en síntesis, considera insuficiente la visita programada que la Trabajadora Social del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas realizó al domicilio de la señora A. M. el 11 de mayo de 2005, debiendo haber programado otra posterior más inmediata, teniendo en cuenta que aquella había mentido en sus circunstancias personales (no había comunicado a los Servicios Sociales que se había vuelto a casar, para seguir percibiendo el Ingreso Mínimo de Inserción Social) y que era lógico que la madre estuviera prevenida para aparentar una situación de normalidad ante dicha Trabajadora. También considera que el Servicio de Protección de Menores actuó con excesiva lentitud, como lo demuestra que su solicitud de informe a la citada Trabajadora fuera recibido por ésta el 25 de mayo

de 2005. Por todo ello, reitera la pretensión indemnizatoria de un millón de euros para su representado, pues el daño moral no debe valorarse conforme con el sistema legal previsto en materia de seguro de vehículos a motor, siendo enorme la pérdida que para un padre supone la muerte de su hija.

NOVENO.- El 22 de diciembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis: a) que la reclamación ha de considerarse interpuesta fuera del plazo legal de un año desde que se manifiesta el efecto lesivo del daño (el 30 de mayo de 2005, fecha del descubrimiento de los cadáveres), y b) subsidiariamente, por no existir relación de causalidad entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento de los servicios sociales pues, a partir de la denuncia presentada por el señor S. M. (nunca por el reclamante, que por su condición de padre separado podía tener conocimiento del estado de su hija conforme al régimen de visitas establecido judicialmente, y no consta que solicitara cambios en la custodia de su hija), los servicios sociales integrados en la Red Regional de Servicios Sociales (los municipales, de carácter primario, y el regional del Servicio de Protección de Menores), desplegaron una actividad adecuada con base en los antecedentes existentes (denuncias mutuas entre el citado señor S. y la señora A. M.), haciéndose referencia a las actuaciones desarrolladas por la Trabajadora Social del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas y el Servicio regional de Protección de Menores documentadas en el expediente, considerando que, de las circunstancias existentes, no se desprendería racionalmente la existencia de una situación de riesgo para la menor que demandara una actuación más urgente y contundente que la que se programó en su momento (visitas posteriores para seguir evaluando la situación de la menor), sin que a la Administración pueda exigírsele que sea infalible en todo caso, y teniendo en cuenta que ha de armonizar su deber de protección de menores con el respeto de la libertad e intimidad en las relaciones paterno-filiares.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado el 27 de diciembre de 2006, la Consejera de Trabajo y Política Social solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento y plazo de la acción de responsabilidad.

I. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten considerar que el procedimiento tramitado ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

II. Por lo que se refiere a la temporaneidad de la reclamación presentada, ha de señalarse, en contra de lo que expresa la propuesta de resolución, que aquélla ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de

26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), pues las actuaciones judiciales penales reseñadas en los Antecedentes, relativas a los hechos sobre los que se basa la reclamación, no finalizan hasta el Auto de la Audiencia Provincial de 31 de marzo de 2006 (aclaratorio de uno anterior de 10 de noviembre de 2005), con su posterior notificación al reclamante (f. 291 y siguientes exp.), teniendo tales actuaciones una clara virtualidad interruptora del plazo prescriptivo de la acción administrativa de responsabilidad patrimonial, como viene reiterando conocida jurisprudencia y doctrina consultiva. Por ello, la reclamación presentada el 30 de mayo de 2006 ha de considerarse plenamente temporánea, debiendo eliminarse de la propuesta de resolución objeto de Dictamen las referencias que, en contra de tal determinación, se incluyen en su fundamento jurídico segundo.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sociales de protección de menores y los daños por los que se reclama: inexistencia.

I. De los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración pública ha de indemnizar los daños que, causados por los servicios públicos de su competencia, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

Como se indicó anteriormente, el reclamante imputa a la Administración regional una responsabilidad por omisión o defectuoso funcionamiento de sus servicios sociales de protección de menores, considerando que una actuación más diligente hubiera detectado que su hija sufría malos tratos por parte de su ex mujer, lo que hubiera motivado que se adoptaran medidas que habrían evitado la muerte de aquella a manos de ésta. Planteada así la cuestión, debe comenzarse por establecer, siquiera en síntesis, el marco jurídico vigente en materia de protección de menores.

La Ley regional 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia, se refiere a las competencias administrativas en materia de protección de menores, estableciendo en su artículo 44 que *“la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia es la entidad pública competente, en su ámbito territorial, para el ejercicio de las funciones de protección y tutela de menores a que se refiere la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las establecidas en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, así como para el ejercicio de las previstas en la presente Ley y de cualquier otra asumida por la Comunidad Autónoma en esta materia”*. Añade a ello el artículo 45 que *“las entidades locales desarrollarán, de acuerdo con lo previsto en la legislación reguladora del régimen local, a través de sus servicios sociales, funciones de prevención, información, promoción y reinserción social, en materia de menores, así como de intervención y seguimiento de aquellos casos que requieran actuaciones en su propio medio”*. La referencia a la Ley 21/1987 debe ser completada hoy con la de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que diseña un marco jurídico de protección del menor diferenciando entre las facultades y obligaciones de las Administraciones públicas competentes en materia de servicios sociales y las de la Administración de Justicia, ya sea el Ministerio Fiscal o los órganos judiciales.

Dicha Ley Orgánica establece en su artículo 11 los principios rectores a los que deben sujetar su actuación todas las Administraciones públicas con competencias en materia de protección de menores, expresando su apartado 2, b) como uno de tales principios *“el man-*

tenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés". Ello implica que, para el legislador (siguiendo en esto lo suscrito por España en los tratados internacionales sobre la materia), la regla general es la del mantenimiento de la situación familiar originaria del menor, y la excepción (que, por tanto, habrá de justificarse adecuadamente) la extracción del menor de dicho entorno familiar, en la medida y con el alcance que sea necesario para salvaguardar su interés, que es, en todo caso, prevalente a cualesquiera otro legítimo que pudiera concurrir (artículo 2). Es en este contexto donde se explica que el artículo 15 de dicha ley establezca que *"en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral"*, y por lo que, seguidamente, se establece en el artículo 16 que *"las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación"*.

Esta actuación investigadora de la Administración debe ponderar, por un lado, las necesidades de intervención puestas de relieve en los antecedentes de que disponga o deba disponer con la instrucción del correspondiente procedimiento y, por otro, el respeto del entorno familiar en el que se desenvuelven las relaciones paterno-filiales, en un juicio que resulta enormemente complicado cuando la situación denunciada no es ni mucho menos evidente y, aún más, cuando se entrecruzan graves conflictos personales entre denunciantes y denunciados, pues la credibilidad de las denuncias debe ser puesta razonablemente en tela de juicio; y todo ello, claro está, sin que pueda exigirse a la Administración unas dotes adivinatorias que justifiquen su irrupción en la vida familiar adoptando de forma inmediata medidas drásticas (apartamiento del menor, declaración de acogimiento familiar provisional) sin un sustento sólido que permita justificar la aplicación de la medida excepcional (el apartamiento del menor de la familia en la que está de modo natural) sobre la regla general (el mantenimiento de éste en la misma).

II. Partiendo de tales consideraciones generales, ha de compartirse con la propuesta de resolución su determinación de que los servicios de protección del menor, tanto los regionales como los municipales (coordinados éstos últimos por la Administración regional, según la ya citada Ley 3/1995), desplegaron una actividad adecuada a las circunstancias que tenían a la vista en el momento en que el señor S. M. presentó su denuncia ante la Mancomunidad de Servicios Sociales del Sureste el 18 de abril de 2005. Resulta esencial en este punto rechazar de plano toda argumentación que se base sin más en lo que aconteció finalmente (la muerte de las dos mujeres) como prueba para demostrar con ello la previa existencia del riesgo de que tal resultado se produjese, pues tal razonamiento llevaría a situar a la Administración pública como última responsable de todos los daños que puedan sufrir los colectivos de su especial protección (menores incluidos) como resultado de unas relaciones familiares conflictivas; relaciones que se desarrollan en una esfera privada que la Administración no puede ni debe controlar en todo caso, además de la evidente imposibilidad material de que con sus limitados medios pueda prevenir y remediar todos esos daños.

Por ello, deben examinarse los hechos que la Administración conocía o estaba razonablemente obligada a conocer mediante la instrucción del correspondiente procedimiento investigador, pues son los únicos que deben servir de base para evaluar, en el tiempo que medió entre la denuncia del 18 de abril de 2005 hasta el hecho dañoso por el que se reclama, 21 de mayo siguiente, si actuó de acuerdo con el estándar de prestación de servicios que le es exigible en esta materia. Se excluye específicamente de tal consideración la alegada

comparecencia que, según el reclamante, realizó con el señor S. M. el 13 de abril de 2005 en la Dirección General de Familia (en donde, según su declaración, no se les hizo caso); y ello no sólo porque no se prueba tal hecho, sino porque es evidente que dichas personas, como conoce cualquier ciudadano medio, tenían el derecho de presentar en el correspondiente Registro de dicha Dirección General una formal denuncia sobre los hechos, tal y como hizo el señor S. M. días después ante la Mancomunidad de Servicios Sociales del Sureste (en la que, por cierto, no hizo constar la denuncia que formuló ante la Guardia Civil de Alcantarilla el citado 13 de abril).

Conforme se desprende de los Antecedentes reseñados, consta en el expediente remitido (como “*documento n.º 1*”) el incoado por el Servicio de Protección de Menores el 21 de abril de 2005 (n.º 440/2003) a virtud de la remisión que el 19 anterior le efectuó la Trabajadora Social de la citada Mancomunidad respecto de la denuncia efectuada el 18 del mismo mes ante la misma. Las actuaciones obrantes en dicho expediente vienen relacionadas en el informe reseñado en el Antecedente Segundo. En este punto, destaca el requerimiento de información detallada, mediante los correspondientes formularios utilizados a estos efectos, que se efectuó al centro escolar de la menor, que es donde se la observa con la necesaria regularidad (consta que acudía normalmente a las clases), remitiendo su centro el 17 de mayo de 2005 los citados formularios, cumplimentados por su tutora, en los que, según expresa la propuesta de resolución y no ha desvirtuado el reclamante con la oportuna prueba pericial, no se desprende la existencia de una situación de riesgo de la niña, y menos para adoptar de forma inmediata una medida de intervención que separase a ésta de su madre, como hubiera sido la declaración administrativa de la situación de desamparo y el acogimiento familiar provisional a que se refieren los artículos 172.1, 173.3º y 173 bis, 1º del Código Civil. Esta información del centro escolar se oponía, por cierto, a lo que el señor S. M. declaró luego en el sumario en el sentido de que la niña había manifestado a sus profesores que su madre la maltrataba (declaración del señor S., por cierto, que no hizo en la denuncia presentada ante la Mancomunidad, ni tampoco en la presentada ante la Guardia Civil).

Ciertamente, del citado expediente se desprende que la recepción por el citado Servicio del informe médico sobre la menor, solicitado a través de la Fiscalía de Menores del Tribunal Superior Justicia de Murcia, fue en exceso tardía, pues fue recibida en julio de 2005, ya fallecida aquélla. Sin embargo, tal circunstancia no resulta determinante para desencadenar la responsabilidad patrimonial que se pretende, pues en dicho informe el facultativo informante del área de salud en la que se atendía a la menor no advierte nada anormal en la misma, consignando, eso sí, la manifestación de la madre de sospecha de malos tratos de su ex marido a la niña, tras su separación, dato que iba en la misma línea de lo manifestado por la madre a la Trabajadora Social sobre sus conflictos con sus ex parejas, no siendo, pues, determinante para que el Servicio de Protección de Menores tuviera que adoptar ninguna medida inmediata de intervención sobre la menor.

Por otra parte, consta en el citado expediente que el 5 de mayo de 2005 el Servicio de Protección del Menor contactó telefónicamente con la Trabajadora Social del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, acordando que se le solicitaría (formalmente) un informe al respecto, y que dicha Trabajadora Social realizaría una visita al domicilio de la menor para actualizar la información sobre la situación de ésta y de su madre (a la que se la venía siguiendo anteriormente, por haber sido perceptora de una ayuda social, sin que en tal período la citada Trabajadora advirtiera nada anormal en relación con la menor, según su informe reseñado en el Antecedente Sexto).

Por lo que se refiere al seguimiento que, a partir de lo acordado el citado 5 de mayo de 2005 con el citado Servicio, realizó la Trabajadora Social, debe señalarse que no se ha demostrado que fuera inadecuado, a la vista de las circunstancias que concurrían en el caso. Como se ha dicho anteriormente, no puede enjuiciarse la actuación de los Servicios Sociales a partir del hecho luctuoso, sino de la información que se iba recabando, en la que se partía de denuncias mutuas del señor S. M. y de la madre de la menor, acciones éstas que cabía achacar razonablemente a la ruptura de la relación matrimonial que, en la práctica, ya se había producido (la denuncia del señor S. M. del 13 de abril de 2005 ante la Guardia Civil de Alcantarilla fue realizada el mismo día en que abandona el hogar familiar, según declaró posteriormente ante el Juzgado instructor del sumario, vid. Antecedente Séptimo, y en su denuncia del 18 de abril ante la Mancomunidad, declaró que iba a iniciar los trámites de separación). A ello se une que en la denuncia presentada ante la Mancomunidad, el señor S. M. no señaló, como sí hizo en la denuncia ante la Guardia Civil de Alcantarilla del 13 de abril (que no acompañó ni hizo constar que existiera en su comparecencia ante dicha Mancomunidad), y luego en sus declaraciones prestadas en la investigación judicial posterior a los hechos, la existencia de otros posibles testigos de los malos tratos a la niña, lo que hubiera dado mayor solidez a la citada denuncia. Por el contrario, los familiares de la señora A. que vivían cerca de ella declararon en la investigación judicial que no les constaba que dispensara malos tratos a su hija (Antecedente Séptimo).

A todo lo anterior se une que el resultado de la visita del 11 de mayo de 2005 de la Trabajadora Social al domicilio en que convivían la menor y su madre no arrojó tampoco ningún indicio claro de la existencia de malos tratos y sí la existencia de amenazas del denunciante a la madre, según se expone en las declaraciones de dicha Trabajadora reseñadas en los Antecedentes Sexto y Séptimo.

Sin embargo, la advertencia en dicha visita del estado “*eufórico*” de la madre, unido a la manifestación del señor S. en su denuncia de que su mujer abusaba del alcohol y medicación, justificaba que se siguiera con la evaluación de la situación, sin adoptar, de modo inmediato, como se dice, una medida de separación de la niña de su madre, pues no había base suficiente para ello, siendo entonces lo adecuado que se fuera efectuando un progresivo acercamiento al entorno familiar, para determinar con una base más sólida el estado de la menor, siendo razonable la programación de una nueva visita para diez días después de la primera, es decir, para el 24 de mayo de 2005, si bien, como se sabe, no pudo tener lugar porque entre el día 21 y 22 de ese mes se produjo el fallecimiento de ambas mujeres, resultando éste un hecho inesperado, a la vista no sólo de la situación de aparente normalidad advertida por la Trabajadora Social, sino también por alguno de los familiares de la señora A., como su prima hermana, que declaró en la investigación judicial haberla visto, precisamente el día 21 de mayo, completamente normal, comentándole incluso que para el siguiente día 23 compraría una tarta de cumpleaños para su hija (Antecedente Séptimo). En este mismo sentido apunta el hecho de que llamara a su abogada el 20 de mayo para comunicarle sus nuevos números de teléfono, según la declaración de ésta recogida como diligencia en el sumario, reseñada en el Antecedente Séptimo.

Quiere decirse que la decisión de la señora A. M. de poner fin a su vida y a la de su hija no parecía en modo alguno previsible. En este punto resulta importante añadir que, aunque el señor S. M. manifestó en la denuncia ante la Mancomunidad que su mujer abusaba del alcohol y la medicación, ello está muy lejos de lo que, sólo posteriormente al fallecimiento, declararon él mismo y el reclamante sobre una posible enfermedad mental (esquizofrenia)

de dicha mujer, patología, que, además, no se refleja de ningún modo en la información sanitaria disponible sobre la misma. En este sentido, los trastornos de sueño y otras patologías que se documentan en dicha información clínica no fueron suficientes para que, habiendo sido ello alegado y aportada tal documentación por el reclamante en su proceso de separación matrimonial de 2001, el juez negara la custodia de la menor a su madre, y tampoco en la documentación sanitaria de ésta posterior a tal fecha se recogen alteraciones indicativas de una situación de riesgo para el cuidado de la niña. Y, como también señala la propuesta de resolución, no consta que el reclamante y padre de la menor hubiera instado posteriormente a la separación matrimonial de 2001 alguna medida tendente a determinar la posible inidoneidad de su ex mujer para mantener la custodia de su hija por causa de los alegados desequilibrios mentales. En este sentido, además, resulta poco comprensible que, en su declaración ante el Juzgado instructor, manifestara que llevaba dos años sin ver a su hija porque su ex mujer no le dejaba verla, y sin embargo tal circunstancia no motivara que lo denunciase ante el Juzgado competente para que restableciera, en tal caso, sus derechos para con su hija. No puede pretenderse que tal inidoneidad debía ser necesariamente advertida por los servicios sociales en el lapso de tiempo en que pudieron intervenir, vistas las circunstancias y la información de que entonces disponían.

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que el fallecimiento de la menor no puede imputarse al funcionamiento de los servicios públicos de protección de menores, lo que determina que no deba declararse la responsabilidad patrimonial que se pretende.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente Dictamen ha de considerarse presentada en el plazo legalmente previsto a estos efectos, por las razones expresadas en la Consideración Segunda. Por ello, debe eliminarse de la propuesta de resolución sometida a Dictamen lo expresado en su fundamento jurídico segundo relativo a la extemporaneidad de dicha reclamación.

SEGUNDA.- No resulta acreditada la existencia de una adecuada y necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sociales regionales de protección de menores y el daño por el que se reclama, por lo que debe desestimarse la reclamación de referencia, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Por todo lo anterior, y con la salvedad indicada en la Conclusión Primera, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen, desestimatoria de la reclamación, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 163/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. C. N. N., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. G. N., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 26/11/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 20.

DICTAMEN 164/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a D. G. M., en nombre y representación de su hijo menor de edad G. P. G., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 26/11/07

Extracto de Doctrina

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el único hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 17 de mayo de 2007 D. D. G. M. presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación y Cultura exponiendo que el 9 de mayo de 2007 su hijo, G. P. G., jugando con otros niños, había sufrido la pérdida de la parte externa del audífono sin que se lograra encontrarlo. Solicita que se le indemnice en la cantidad de 168 euros, que justifica con factura.

El 10 de mayo de ese año el centro había informado del accidente indicando que el día 9 de mayo, a las 14,50 horas, durante la actividad de comedor, en el momento de atender la monitora a una niña por una pequeña caída, G. le dijo que, jugando con los demás niños, le había desaparecido esa parte del audífono. Inmediatamente dos monitoras procedieron a una búsqueda minuciosa e intensa de la misma, sin que apareciera. Se puso el hecho en conocimiento de la familia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, fue designado instructor y solicitado informe ampliatorio a la Dirección del centro, que lo emitió el 13 de julio de 2007 indicando lo siguiente:

“El día 9 de mayo de 2007, a las 14,50 horas, el alumno G. P. G. se encontraba jugando en una sala de psicomotricidad del Colegio, dentro de las actividades establecidas por el centro para el tiempo posterior a la comida, y bajo la responsabilidad y cuidado de su monitora D. P. B..

Estando la monitora atendiendo a una niña que se había caído, se acercó G. y le dijo que se le había perdido una parte del audífono. Inmediatamente la monitora avisó a una compañera y juntas iniciaron la búsqueda de la pieza, pero no la encontraron.

Posteriormente las monitoras pusieron los hechos en conocimiento de la familia y del encargado del comedor (secretario)”.

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia a la promotora del expediente, no consta que hiciera uso de su derecho; tras ello, se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 20 de noviembre de 2007, el Consejero de Educación, Ciencia e Investigación solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Tramitación.

La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, la madre de la menor, a quien corresponde su representación legal de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y el RRP para la tramitación de esta clase de reclamaciones.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: falta de acreditación de la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño por el que se reclama.

Este Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas. Tal como razona la misma, no se advierte que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo, al igual que en los casos examinados en los Dictámenes 155/2003 y 67/2006, que guardan gran semejanza con el consultado.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, y al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (así, por ejemplo, para un supuesto similar, el 83/2005), es importante destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el único hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. En el supuesto examinado, puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, ni la reclamante imputa incumplimiento alguno al centro o a su personal.

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es necesario que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 165/07.- Proyecto de Decreto por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 03/12/07

Extracto de Doctrina

Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla mediante llamadas concretas, se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de mayo de 2007, la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa elabora un primer borrador de Decreto, por el que se establece la estructura y organización de las enseñanzas de idiomas de régimen especial y los currículos correspondientes a los niveles básico e intermedio de los idiomas impartidos en las Escuelas Oficiales de Idiomas de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Solicitado el informe de la Inspección de Educación, es emitido el 17 de mayo de 2007, con diversas sugerencias y recomendaciones. Al día siguiente, el borrador es informado por el Servicio Jurídico de la entonces Consejería de Educación y Cultura, que formula numerosas observaciones, tanto de técnica normativa como sobre el objeto de regulación y sobre el procedimiento.

TERCERO.- Como consecuencia de las observaciones efectuadas por los órganos preinformantes, se elabora un segundo borrador y se incorporan al expediente un estudio económico (que cifra la repercusión de la entrada en vigor del nuevo Decreto en 1.312.000 euros, repartidos entre los tres cursos académicos en que se llevará a cabo la implantación de las enseñanzas), y un informe que afirma la ausencia en el Proyecto de cualquier disposición que facilite situaciones de discriminación por razón de género.

CUARTO.- Solicitado el preceptivo informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia, es evacuado en sentido favorable al Proyecto, sobre cuyo contenido no formula objeción alguna, limitándose a proponer la inclusión de una referencia a la evaluación de procesos.

QUINTO.- Elaborado un tercer borrador del Proyecto, se incorpora al expediente el informe de la Vicesecretaria de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación y se solicita el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

Dicho informe, de fecha 28 de septiembre de 2007, contiene numerosas observaciones que, sólo en parte, serán asumidas por los redactores del Proyecto en el texto que, como

definitivo, consta en el expediente y que constituye el objeto de la consulta efectuada a este Consejo Jurídico.

Asimismo, se ha incorporado al expediente un informe justificativo del rechazo de aquellas observaciones que, realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, no han sido acogidas en el texto definitivo del Proyecto de Decreto.

En tal estado de tramitación, V.E. remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 31 de octubre de 2007, formulándose la consulta con expresa solicitud de declarar la urgencia de su tramitación, con base en las justificaciones esgrimidas por la Directora General de Ordenación Académica en informe de 22 de octubre.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de los niveles básico e intermedio de las enseñanzas de los idiomas alemán, árabe, español para extranjeros, francés, inglés e italiano, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

También responde a esa encomienda estatal la ordenación de las referidas enseñanzas de régimen especial, toda vez que la propia LOE, en su artículo 59.1, segundo párrafo, dispone que las enseñanzas del nivel básico tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.

El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar los currículos correspondientes a las enseñanzas de idiomas, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer su estructura y organización. Además, regula determinadas condiciones del régimen de las Escuelas Oficiales de Idiomas.

Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades

y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VII de su Título I a las enseñanzas de idiomas, previendo su artículo 59.1 que las enseñanzas del nivel básico tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen. Asimismo, remite a la actuación normativa de tales Administraciones la regulación de concretos aspectos del régimen de las escuelas oficiales de idiomas (art. 60) y las pruebas terminales para la obtención de los certificados oficiales de los niveles básico, intermedio y avanzado (art. 61.2).

Esta previsión de regulación autonómica es acorde, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno de la Nación o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección; y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1.30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

Fijado a grandes rasgos el marco competencial, procede a continuación analizar cada uno de los aspectos que son objeto de regulación en el Proyecto para determinar en qué medida resultan acordes con aquél.

1. La ordenación de las enseñanzas de idiomas.

Lo limitado de la remisión expresa que realiza el artículo 59.1 LOE a las Administraciones educativas, referida únicamente a la organización y características de las enseñanzas de nivel básico y, sobre todo, la omisión acerca de los niveles intermedio y avanzado, obligan a considerar en qué medida la regulación de estos últimos puede ser abordada por la Comunidad Autónoma.

En este sentido, resulta esclarecedor el RD 1629/2006, de 29 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial, cuyo artículo 3 dispone que las enseñanzas correspondientes al conjunto de ambos niveles se organizarán en tres cursos como mínimo y cuatro como máximo “*en los términos que dispongan las Administraciones educativas*” (art. 3.3), las cuales regularán tanto las condiciones en que, quienes acrediten el dominio de las competencias suficientes en el mismo, puedan incorporarse a cualquier curso de los niveles intermedio o avanzado de un idioma (art. 3.7), como la organización de las pruebas terminales específicas de certificación, dirigidas a la obtención de los certificados de los referidos niveles (art. 4).

2. La fijación de los currículos de los niveles básico e intermedio de diversas lenguas.

Dispone el artículo 6.4 LOE que “*las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...*”. De forma más específica, y ya en el ámbito de las enseñanzas de idiomas, el artículo 61 LOE dispone que en la definición de los aspectos básicos del currículo de las distintas lenguas, deben determinarse los efectos de los

certificados acreditativos de la superación de las exigencias académicas correspondientes a los diferentes niveles. Tales enseñanzas mínimas han sido fijadas por el Estado en el ya citado RD 1629/2006, cuyo artículo 3 remite a las Administraciones educativas la fijación del currículo de los niveles intermedio y avanzado.

Igualmente, y de forma más específica, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria, prevé en su Anexo entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

3. Las Escuelas Oficiales de Idiomas.

El artículo 60.1 LOE establece que las Administraciones educativas regularán los requisitos que han de cumplir los referidos centros educativos, relativos a la relación numérica alumno-profesor, a las instalaciones y al número de puestos escolares.

Los apartados 4 y 5 del mismo artículo (no básicos), por su parte, dejan a cada Administración educativa la decisión de integrar en las escuelas las enseñanzas de idiomas a distancia y la impartición en aquéllas de cursos para la actualización de conocimientos de idiomas y para la formación del profesorado y de otros colectivos.

En conclusión, la extensión de la competencia regional de desarrollo legislativo, su coherencia con la habilitación normativa genérica contenida en la LOE y la no inclusión de las materias objeto de consideración entre aquellas que merecen la reserva de regulación a favor del Estado, permiten concluir que la Comunidad Autónoma puede disciplinar los distintos niveles en que se organizan las enseñanzas de idiomas, fijar sus currículos y regular las condiciones y requisitos que han de reunir las escuelas oficiales de idiomas. En su ejercicio, y en atención al modelo “bases más desarrollo” a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que incidan sobre la materia.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

1. No consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico la propuesta que, según el referido precepto legal, el órgano directivo de la Consejería proponente ha de dirigir a su titular para la tramitación del Proyecto como Decreto.

Del mismo modo, carece el expediente de la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica, de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso.

Es de reseñar que tales documentos sí parecen haber sido emitidos en la fase inicial del procedimiento de elaboración de la futura norma, como se desprende de diversos informes obrantes en el expediente, que así lo afirman (Vicesecretaría, Dirección de los Servicios Jurídicos y extracto de Secretaría General). Si es así, debe recordarse la necesidad de que los expedientes se conformen y remitan de forma completa al Consejo Jurídico en orden a posibilitar la más adecuada realización de la función consultiva, como por lo demás exige el artículo 46.2 de su reglamento de organización y funcionamiento, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

2. Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, omisión que resulta coherente con la ausencia de disposición derogatoria, derivada de la inexistencia de regulación regional en la materia. Adviértase, no obstante, que de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afectación de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

3. El estudio económico afirma que, dado que en el año académico 2007/2008 sólo se implantarán el nivel básico y el primer curso del nivel intermedio, se mantendrán el total de cursos por idioma que tiene el actual plan de estudios, de donde concluye que, en el primer año de implantación de las enseñanzas reguladas en el futuro Decreto, no se verá afectado el número de docentes necesarios, *ergo* no se genera gasto que no esté contemplado en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, el referido estudio omite valorar el impacto de una de las consecuencias de la aplicación de la nueva norma como es la reducción del ratio profesor-alumno, puesta de manifiesto por la Inspección de Educación, pasando de los 40 alumnos presenciales actuales a 35, lo que, a menos que se autorizara el incremento de alumnos por grupo en cinco más (posibilidad excepcional prevista en el artículo 15.1 del Proyecto), forzosamente determinaría un aumento de los profesores necesarios para cumplir la indicada relación y, en consecuencia, un incremento de los costes de personal previstos para el presente ejercicio. Si ello es así, debe recordarse que la Disposición adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre) establece que todo proyecto de disposición administrativa cuya aprobación y aplicación pudiera generar nuevas obligaciones económicas no previstas inicialmente en los Presupuestos de la Administración pública regional, debe documentarse con una memoria económica que detalle las posibles repercusiones presupuestarias de su aplicación y, asimismo, que la Dirección General de Presupuestos, Programación y Fondos Europeos habrá de emitir informe preceptivo sobre este tipo de proyectos.

En consecuencia, debe elaborarse la referida memoria de repercusiones económicas, contemplando el impacto de la disminución de la ratio profesor-alumno, y someter el Proyecto al informe del indicado órgano directivo presupuestario.

4. No contiene el expediente un análisis crítico de las alegaciones y sugerencias formuladas por los diversos órganos informantes durante la tramitación del Proyecto, justificando técnicamente su asunción o rechazo, salvo respecto de una parte de las efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

5. Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Educación, Ciencia e Innovación al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto, si bien cabe entenderla formulada desde el momento en que es él quien solicita la emisión de este Dictamen.

CUARTA.- Texto sometido a Dictamen.

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de un índice, una parte expositiva innominada, 16 artículos, 2 Disposiciones adicionales, una transitoria y una final, así como 5 Anexos.

QUINTA.- Observaciones de carácter general.

1. La reproducción de la norma básica en el futuro Decreto.

a) Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla mediante llamadas concretas, se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas básicas sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal y alterando parcialmente su redacción, como ocurre, a modo de ejemplo, con el artículo 2, apartados 1 y 2, respectivamente.

Debe recordarse, asimismo, que la indicación del origen de la norma transcrita debe hacerse por referencia al precepto concreto, no bastando la genérica alusión a la Ley o reglamento que lo contiene, al modo de los artículos 3.1 ó 5.2 del Proyecto.

b) De forma más específica, se advierten en el texto preceptos que, reproduciendo normas básicas, no sólo modifican su redacción, sino que llegan a alterar el sentido material de lo regulado. Es el caso del artículo 7.3 del Proyecto, que viene a recoger la norma establecida por el 62.1 LOE, en cuya virtud, quienes estén en posesión del Título de Bachiller, podrán acceder directamente a los estudios de idiomas de nivel intermedio “de la primera lengua extranjera cursada en el bachillerato”. El precepto proyectado, por el contrario, dispone que podrán acceder a tales estudios “de la lengua que cursaron como primer idioma en las enseñanzas de régimen general”, ampliando los estudios de referencia, toda vez que las enseñanzas de régimen general en las que se imparten lenguas extranjeras abarcan la Educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato y, en las tres últimas, dos lenguas extranjeras. Adviértase, además, que es posible que un alumno cambie de lengua extranjera al pasar de la Educación Secundaria Obligatoria al Bachillerato, como expresamente prevé el artículo 5.3 de la Orden de 16 de septiembre de 2002, de la Consejería de

Educación y Cultura, por la que se desarrolla la estructura y organización de las enseñanzas de Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Dicho precepto establece que, si bien la lengua extranjera deberá guardar continuidad con la que se haya cursado en Educación Secundaria Obligatoria como primera lengua extranjera, siempre que ésta se haya cursado durante toda la etapa, el Director del centro podrá autorizar excepcionalmente el cambio a otra lengua.

En consecuencia, no siendo plenamente equiparables los términos Bachillerato y enseñanzas de régimen general, utilizadas como referencia por la norma básica y el Proyecto, respectivamente, procede que el artículo 7.3 de este último ajuste su redacción y contenido a los del artículo 62.1 LOE.

c) La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas que, a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ello tiene como principales consecuencias que:

– No puede admitirse la omisión en el currículo de ningún elemento de las enseñanzas mínimas, las cuales han de ser completadas y desarrolladas, pero nunca cercenadas, con ocasión de elaborar su currículo. Así ocurre, a modo de ejemplo, cuando se definen los objetivos del nivel intermedio, pues mientras que las enseñanzas mínimas, al describir tales objetivos en referencia a la destreza de expresión e interacción oral, señala el de “*desenvolverse con una corrección, fluidez y espontaneidad que permitan mantener la interacción*”, el currículo propuesto se limita a exigir “una cierta corrección y fluidez”. Adviértase cómo

la medida de esa corrección y fluidez ya queda indeterminada, pues no aparece referida a la que sea necesaria para mantener la interacción, al tiempo que desaparece toda mención a la “espontaneidad” de la expresión oral.

– La ya indicada exigencia de literalidad en la traslación de normas de origen estatal al ordenamiento regional, se hace aún más incisiva cuando el Proyecto incorpora elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, dada la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto. Se refuerza, en consecuencia, la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada.

Deben, en consecuencia, evitarse las omisiones y alteraciones que en la traslación de los aspectos básicos del currículo se advierten en el Anexo IV del Proyecto.

2. Sugerencia de reordenación sistemática.

De la lectura del currículo se advierte una reiteración de contenidos que podría ser fácilmente evitable. En efecto, hay previsiones que se reproducen de forma sistemática y sin apenas alteración al regular los diferentes niveles e, incluso dentro de un mismo nivel, cuando se establece el currículo de cada curso. Así, a modo de ejemplo, ocurre con la “evaluación”, cuando en referencia al nivel NB1, es decir, el primer curso del nivel básico, se regula “el objeto y ámbito de la evaluación aplicada en las Escuelas Oficiales de Idiomas”, “el carácter de la evaluación aplicada en las Escuelas Oficiales de Idiomas”, la “evaluación formativa” y la “evaluación sumativa”. Las mismas normas, con idéntica redacción, son reproducidas al disciplinar la evaluación en el nivel NB2, el segundo curso del nivel básico, aunque ahora se omite la evaluación sumativa y se regula la denominada “evaluación inicial”. Del mismo modo, con ocasión de regular la evaluación en el primer curso del nivel intermedio, se reiteran nuevamente las mismas previsiones, como también en el segundo curso del referido nivel. Hay, pues, normas en el Proyecto que se repiten hasta cuatro veces en el texto.

Para evitarlo bastaría con fijar unas previsiones de general aplicación a todos los niveles, para, con ocasión de la regulación de cada uno de ellos, limitarse a establecer las normas propias y específicas que les fueran aplicables.

3. Revisión gramatical y ortográfica.

Debe efectuarse una revisión general del texto en orden a corregir los errores ortográficos (por ejemplo, “autodidácta” en el artículo 3.2, letra b) y gramaticales existentes.

SIXTA.- Observaciones particulares al texto.

1. Al índice.

El índice debe ubicarse inmediatamente después del título o nombre de la disposición y no debe nominarse. Es decir, bastará con consignar la palabra “índice”, suprimiendo la expresión “de los currículos del nivel básico e intermedio”, toda vez que aquél viene referido al Proyecto en su conjunto, indicando no sólo las normas que constituyen los referidos currículos, sino también el resto de preceptos que, sin formar parte de tales currículos, establecen la ordenación de las enseñanzas de idiomas y el régimen de los centros donde han de impartirse.

2. A la parte expositiva.

– La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

– Con ocasión de la mención efectuada en el primer párrafo a los niveles recomendados por el Consejo de Europa, sería conveniente efectuar una alusión al *Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas*, toda vez que el articulado se refiere a dicho Marco, pero sin conectarlo con la institución europea que lo promueve. De esta forma, quedaría claro que los niveles de competencia a que se refieren los artículos 4, 5 y 6 del Proyecto son los mismos a que alude la Exposición de Motivos.

3. Al articulado.

– Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

a) El apartado 2 contiene una regla que no debería ubicarse en este artículo, toda vez que no describe el objeto del Proyecto. Para hacerlo debería establecer qué extremos del régimen aplicable a las Escuelas Oficiales de Idiomas se abordan en el texto.

b) La indicación de que las enseñanzas de idiomas de régimen especial se impartirán en las Escuelas Oficiales de Idiomas, sistemáticamente debería situarse como primera regla de las que los artículos 15 y 16 del Proyecto refieren a tales centros.

– Artículo 2. Principios generales.

El apartado 4 debería introducir una salvaguardia de la posibilidad prevista en el artículo 97 LOE, que permite la impartición de las enseñanzas de idiomas por profesores especialistas de nacionalidad extranjera, ajenos a los cuerpos funcionariales indicados en el Proyecto.

– Artículo 8. Incorporación a estas enseñanzas de los alumnos con conocimientos previos del idioma.

El apartado 1, letra d) prevé un supuesto de “acceso a cursos no iniciales” de difícil comprensión, cuya redacción debería ser revisada para concretar y aclarar cuál es la realidad objeto de regulación.

Contribuye a la oscuridad del precepto la remisión que efectúa a la actividad reglamentaria del Consejero competente en materia de Educación. Como ya hiciera la Dirección de los Servicios Jurídicos, deben recordarse en este punto las importantes limitaciones que afectan a la potestad reglamentaria de los Consejeros cuando sus normas sean susceptibles de producir efectos sobre terceros, más allá del ámbito estrictamente organizativo y doméstico de su Departamento. Todo ello, en virtud de la configuración que de dicha potestad efectúan los artículos 38 y 52 de la Ley 6/2004 y en la estricta interpretación que la doctrina de este Consejo Jurídico hace de tales preceptos, y que ya fue puesta de manifiesto a la Consejería consultante en recientes Dictámenes, como el 108/2007.

En consecuencia, el supuesto previsto en el apartado de referencia debería normarse de forma no sólo más clara y precisa, sino también completa, sin diferir a una futura Orden

contenidos normativos cuya regulación ha de abordarse en un Decreto, atendida la insuficiente competencia reglamentaria del Consejero del ramo para establecerla.

– Artículo 9. Permanencia en las enseñanzas de idiomas.

El apartado 2 establece un límite de permanencia en las enseñanzas de idiomas para los alumnos que siguen la modalidad no presencial que, sin embargo, no se contempla en la norma básica. En ésta (art. 3.4 RD 1629/2006), únicamente los alumnos que siguen los estudios en modalidad presencial tienen un límite de permanencia en los mismos, que se establece en el doble de los años previstos para cursar el idioma de que se trate.

En la relación Ley-reglamento ejecutivo es ya clásica, entre la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tesis que, expresada en palabras de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este último, sostiene que *“las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la Ley misma (sentencias, entre otras, de 5 y 14 de mayo, 6 de julio de 1972 y 19 de junio de 1967, etc.), dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y más restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la Sentencia de la Sala de 23 de junio de 1970, y que aquí se reitera”*. El Reglamento, en aquellos aspectos normativos que exceden del ámbito interno de la organización administrativa, es instrumento de ejecución de la Ley, un “complemento indispensable”, que facilita y posibilita su ejecución, no una norma autónoma que pueda prevalecer, suplir o sustituir a aquélla.

En el supuesto objeto de examen, la norma que establece el límite a la permanencia en las enseñanzas y que el Proyecto pretende ampliar a un colectivo diferente, no es la LOE, sino su desarrollo inmediato, el RD 1629/2006. Ahora bien, ello no impide aplicar el fundamento material de la antedicha doctrina al supuesto sometido a consulta, si se advierte que ambas normas estatales forman un *corpus* que, respecto del reglamento regional proyectado, y al margen de la jerarquía normativa, ostenta una posición supraordenada y prevalente que deriva de su carácter básico y que exige su ejecución por el Gobierno regional, culminando el sistema de concreción reglamentaria sucesiva dibujado por el artículo 6 LOE. Desde esta perspectiva, el Proyecto es norma de desarrollo tanto de la Ley Orgánica como del Real Decreto que establece los elementos básicos del currículo, disposiciones éstas respecto de las que cabe predicar su condición de “complemento indispensable”, en la medida que sólo previa su precisión y concreción en el ámbito regional la norma básica desplegará plenamente sus efectos y cumplirá la función constitucional que le es propia. En consecuencia, si la Ley o, como en el presente caso, la norma básica que es objeto de desarrollo, no establece una restricción a la permanencia en las enseñanzas de idiomas a los alumnos que las cursan en modalidad no presencial, la previsión reglamentaria de limitar dicha permanencia, no es una mera explicitación o aclaración de aquélla sino que, antes bien, constituye un nuevo mandato normativo más restrictivo que el contenido en ella misma, que debe ser rechazado.

Procede en consecuencia eliminar dicha restricción, refiriendo el límite a la permanencia en las enseñanzas únicamente a aquellos alumnos que las cursen con carácter presencial, de forma coherente con la norma básica y con el desarrollo normativo que de ella han efectuado las restantes Comunidades Autónomas.

Por otra parte, atendida la razón de equidad esgrimida en el texto para extender a los alumnos no presenciales el límite de permanencia, no parece que sea coherente establecer uno idéntico para todos los alumnos, toda vez que el uso de recursos educativos es diferente en una y otra modalidad, siendo mucho más intenso en la presencial que en la no presencial. Y así se aprecia de forma evidente en la diferente ratio alumnos-profesor establecida por el artículo 15 del Proyecto, que es de 35 alumnos para la enseñanza presencial y de 60 para la que no lo es.

– Artículo 10. Traslado de centro.

a) De conformidad con la directriz 68, de las de técnica normativa, debe usarse la cita corta y decreciente, respetando la forma en que esté numerado el artículo, con el siguiente orden: número de artículo y apartado. En consecuencia, las citas que contiene el artículo a preceptos del Reglamento estatal, han de ajustarse a la indicada forma de citar.

b) La habilitación reglamentaria efectuada por el apartado 3 al Consejero de Educación, para regular los traslados de centro de alumnado procedente de otras Comunidades Autónomas, debe suprimirse pues, de conformidad con los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004, sólo la Ley puede efectuar habilitaciones reglamentarias a favor de los Consejeros. También aconsejan dicha supresión las importantes limitaciones que afectan a la potestad reglamentaria de los Consejeros, cuando su objeto sea el dictado de normas con eficacia *ad extra*, que exceden el ámbito puramente doméstico u organizativo del Departamento, como ya quedó expuesto en la consideración efectuada acerca del artículo 8.

En consecuencia, atendido el reenvío contenido en la norma estatal, que deja a las Administraciones educativas la regulación de los traslados de centro entre Comunidades Autónomas, determinando incluso el contenido mínimo que debe integrar la norma de desarrollo, el Proyecto sometido a consulta, en su condición de desarrollo primario en el ámbito regional de lo básico, es la ubicación más adecuada, tanto por su objeto como por su rango en la escala de jerarquía de las normas, para establecer el régimen de dichos traslados, al menos *“en lo que respecta a la determinación de plazas vacantes en los centros, la incorporación del alumno que se traslada al curso pertinente y el pago de los precios públicos establecidos”* (art. 5.2, RD 1629/2006).

– Artículo 11. Oferta educativa.

La referencia contenida en el apartado 1 a la Disposición adicional segunda RD 1629/2006 no es correcta, dado que la habilitación a las Escuelas Oficiales de Idiomas para impartir cursos de actualización y de formación del profesorado u otros colectivos, no se contiene en dicho precepto, sino en el artículo 60.4 LOE.

– Artículo 13. Evaluación, promoción y certificación.

a) El apartado 1 reproduce la regla contenida en el artículo 4.2 RD 1629/2006, si bien se separa de ella, al sustituir como referencia para la evaluación el término “competencias”, utilizado por la norma básica, por el de “contenidos”. Debe, en consecuencia, adaptarse la redacción del Proyecto al reglamento estatal.

b) El apartado 5 deja a la Consejería el establecimiento de la normativa reguladora de las pruebas terminales específicas de certificación. En la medida en que dicha “normativa” tenga un carácter meramente organizativo, limitándose a disciplinar la forma de llevar a cabo las pruebas, sin afectar a su régimen material y sustantivo (requisitos para presentarse

a las mismas, efectos de su superación, etc.), ya predeterminado por el Proyecto, no habría obstáculo para entender competente al Consejero para su dictado, o incluso a órganos inferiores del Departamento, si lo que se pretende es establecer unas meras instrucciones de servicio.

Ello no obstante, es innecesario efectuar una remisión expresa a la potestad reglamentaria del Consejero, toda vez que ésta le corresponde no en virtud de una eventual e ilegal habilitación reglamentaria contenida en el futuro Decreto, sino por así disponerlo la Ley 6/2004, en sus artículos 38 y 52.1. Por tanto, habría de suprimirse el primer inciso del precepto proyectado.

– Artículo 14. Documentos de evaluación y certificación.

Como ya pusiera de manifiesto la Dirección de los Servicios Jurídicos, el apartado 5 resulta insuficiente a efectos de entender cumplimentado el reenvío que el artículo 4.4 RD 1629/2006 efectúa a las Administraciones educativas, para que sean éstas las que establezcan las condiciones de expedición de las certificaciones académicas por destrezas, toda vez que el Proyecto se limita a contemplar la competencia de los centros para su expedición, sin disciplinar el resto del régimen a que han de someterse estos documentos.

– Artículo 15. Relación numérica profesor-alumno.

El artículo 60.1 LOE dispone que las Administraciones educativas regularán los requisitos que hayan de cumplir las Escuelas Oficiales de Idiomas, relativos a la relación numérica alumno-profesor, a las instalaciones y al número de puestos escolares. Tales extremos son objeto de consideración por los artículos 15 y 16 del Proyecto, a excepción del número de puestos escolares.

– Artículo 16. Requisitos mínimos de las Escuelas Oficiales de Idiomas.

La previsión contenida en el apartado 1, relativa al cumplimiento de las condiciones arquitectónicas que posibiliten el acceso y circulación a los alumnos con minusvalías, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable, resulta redundante con la Disposición adicional primera del Proyecto que sujeta a los centros a lo establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, por lo que, en aras de un elemental principio de economía normativa, podría suprimirse el inciso correspondiente en el artículo 16 del Proyecto.

– Disposición adicional primera. Alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.

a) El título de la disposición tiene por misión enunciar de forma sintética su contenido, lo que no se consigue en el precepto objeto de esta consideración. En efecto, por alumnos con necesidad específica de apoyo educativo se entiende, de conformidad con el Capítulo I del Título II LOE, a todos los alumnos que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar (art. 71.2 LOE).

Sin embargo, el contenido de la disposición se dirige a regular, mediante remisión al conjunto normativo correspondiente, las condiciones de accesibilidad de los centros, cuyo ámbito subjetivo no coincide con el de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, sino, antes bien, con el de las personas con discapacidad (art. 1, de la Ley 51/2003,

de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad).

En consecuencia, el título de la disposición debería sustituirse por otro que aludiera a su verdadero objeto, que no es otro que las condiciones de accesibilidad de los centros.

b) La remisión que cierra el precepto debería referirse también a las normas que desarrollan la antedicha Ley, toda vez que el establecimiento de condiciones, criterios y plazos de adaptación a sus prescripciones ha sido objeto de regulación también por normas reglamentarias como el Real Decreto 505/2007, de 20 abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

– Disposición adicional segunda. Equivalencia de enseñanzas.

La equivalencia de las enseñanzas reguladas por los sucesivos Reales Decretos que han disciplinado la materia se establece en la disposición por remisión al Anexo I, donde una tabla expresa tales equivalencias. Esta tabla reproduce la establecida en el Anexo III RD 1629/2006, si bien no lo hace de forma literal, pues suprime las referencias a los niveles de competencia (A2, B1, B2) que la norma básica sí expresa. Del mismo modo, suprime una norma de equivalencia a efectos académicos entre títulos que, si bien se infiere de la propia tabla, el RD 1629/2006 declara de forma explícita.

– Disposición transitoria única. Implantación del nuevo plan de estudios para estas enseñanzas.

Si bien el precepto afirma que se dicta de conformidad con el artículo 24 del Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la LOE, su contenido material lo contradice, toda vez que mientras el artículo 24.2 de la norma básica (condición predicable del RD 806/2006, en virtud de su disposición final primera) establece que el nivel intermedio de las enseñanzas de idiomas se implantará en el año académico 2007/2008, el Proyecto difiere al año 2008/2009 la implantación del segundo curso de dicho nivel.

La Consejería proponente justifica dicha medida en la ausencia de correspondencia entre los nuevos estudios de nivel intermedio, repartidos en dos cursos, frente a las enseñanzas equivalentes hasta ahora impartidas, el tercer curso del ciclo elemental. Sin embargo, los términos en que se expresa el RD 806/2006, que no prevé una implantación progresiva del nivel intermedio, cuando éste se organice en dos cursos, sino que la impone para el curso 2007/2008 y para el conjunto del nivel, vedan a la Comunidad Autónoma la posibilidad de diferir la implantación del segundo curso del referido nivel al año siguiente, debiendo hacerlo en el presente curso académico.

Asimismo, los estudios del tercer curso de nivel básico de árabe, deberían quedar implantados ya en el curso 2007/2008, toda vez que así lo prevé el RD 806/2006, para todo el nivel básico.

Por otra parte, si desatendiendo la consideración efectuada, la Consejería optara por mantener la implantación diferida del segundo curso del nivel intermedio y el tercer curso de nivel básico de árabe, la justificación de la medida no debería incorporarse a la disposición transitoria, sino en todo caso a la Exposición de Motivos.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

SEGUNDA.- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- Tienen carácter esencial las siguientes consideraciones:

a) Las relativas a la reproducción de la norma básica en el Proyecto, en especial las relativas al artículo 7.1 del Proyecto y al currículo, en los términos indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

b) La relativa al límite de permanencia en las enseñanzas de los alumnos que las cursan en modalidad no presencial (artículo 9 del Proyecto), tal y como se indica en la Consideración Sexta de este Dictamen.

c) Las efectuadas acerca de la potestad reglamentaria del Consejero competente en materia de Educación y que afectan a los artículos 8 y 10 del Proyecto, de conformidad con la Consideración Sexta de este Dictamen.

d) La relativa al calendario de implantación de las enseñanzas, en los términos señalados en la Consideración Sexta de este Dictamen.

CUARTA.- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 166/07.- Proyecto de Decreto por que se aprueba el Reglamento de ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 03/12/07

Extracto de Doctrina

Conforme a una concepción material, la jurisprudencia (por todas, STS, Sala 3ª, 27 de noviembre de 2006) ha interpretado que reglamento ejecutivo comprende aquellos que, de forma total o parcial, completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan una o varias leyes, características plenamente predicables del presente texto.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias se elabora, en fecha indeterminada, el primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo remitido al titular de la Secretaría General el 30 de marzo de 2005, acompañado de dos informes sobre la necesidad de su regulación, destacándose el siguiente párrafo del emitido el 10 de marzo de 2005, por el Inspector Médico D. J. P. P. M.:

“Es una necesidad la aprobación de un Reglamento sobre la ordenación y funciones de la Inspección de los Servicios Sanitarios que servirá de marco regulador de la actividad inspectora de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y con el que se pretende garantizar que sus actuaciones vayan presididas por los principios de objetividad, imparcialidad e independencia técnica, así como el respeto y lealtad al ciudadano mediante la vigilancia del cumplimiento de las normas dictadas por la Administración.”

También se acompaña de un informe sobre las repercusiones económicas del Proyecto (folio 10), que concluye que no conlleva repercusión económica adicional, ya que se utilizarán los medios económicos y personales existentes.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de julio de 2005 emite informe el Asesor Jurídico de la Secretaría General (con el Visto Bueno del Jefe de Servicio Jurídico), al que le presta su conformidad el Vicesecretario de la Consejería, a los efectos previstos en el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), tras lo cual se elabora el segundo borrador (folios 42 a 55), que se remite al titular de la Dirección General de la Función Pública para que se someta a informe del Consejo Regional de la Función Pública, que lo emite favorablemente el 15 de diciembre de 2005, según la certificación obrante en el expediente.

TERCERO.- El 23 de febrero de 2006, el Secretario Autonómico de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias remite el tercer borrador (folios 64 y ss.), en el que se introducen puntuales modificaciones, que tienen por objeto garantizar una mejor precisión en las funciones desarrolladas por la Inspección de Servicios Sanitarios (artículo 17, apartados 2,c y g, y 7,a, h y k), y que no se consideran cambios sustanciales a efectos de su tramitación (informe de la Asesora Jurídica de 22 de febrero de 2006).

CUARTO.- El 9 de mayo de 2006 se remite al titular de la Secretaría General un cuarto borrador (folios 85 a 104), en el que se recogen ciertas modificaciones que aparecen sombreadas en el texto, y que afectan a los artículos 8.2; 17.1, a), b), c) y e); 17.2, a), d) y f); 17.6 b); y 17.8 b), que son informadas por la Asesoría Jurídica de la Secretaría Autonómica precitada en el sentido de prestar su conformidad a las rectificaciones introducidas, excepto a la correspondiente al artículo 17.6 b), al tiempo que se propone la modificación del artículo 18.3, resultando de este trámite el quinto Borrador del Proyecto (folios 108 a 127).

QUINTO.- Recabado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, es evacuado el 20 de septiembre de 2006 en el siguiente sentido:

– Con carácter general señala que a este procedimiento no le es de aplicación la excepción prevista en el artículo 53.3 c) de la Ley 6/2004, por lo que debe someterse al trámite de audiencia, bien directamente, o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, que agrupen o representen a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legíti-

mos pudieran resultar afectados, y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. Singularmente, y debido a la regulación que realiza sobre la inspección de la prestación de servicios sanitarios en centros, establecimientos y servicios sociosanitarios, propone que se recabe el informe de la Consejería competente en materia de Política Social con la finalidad de coordinar y delimitar funciones, en relación con la normativa sobre inspección y acreditación de centros sociosanitarios de dicho departamento.

– Particularmente realiza observaciones a los artículos 1,2 y 3 del Reglamento de forma que queden claras las funciones que la Inspección puede llevar a cabo en relación con los centros, establecimientos y servicios sanitarios y sociosanitarios de carácter privado. También propone que se supriman los artículos 4.2, 6 y 8, y se complete el artículo 9.2 con la normativa de protección de datos. Por último recomienda que se revise el artículo 19, al estimar que podría no respetar los límites de la potestad reglamentaria.

SEXTO.- El 4 de octubre de 2006 se solicita el informe de la Consejería competente en materia de Trabajo y Política Social, que lo emite el 24 de octubre siguiente (folios 171 y 172), sin que aprecie problemas de coordinación entre la inspección de servicios sociales y la sanitaria.

Tras intentar completar el informe económico de la norma proyectada, se somete a informe del Consejo de Salud de la Región de Murcia, que acuerda informar favorablemente el Proyecto el 9 de enero de 2007, si bien el Colegio Oficial de Médicos aporta una alegación, proponiendo completar la redacción del artículo 12,d), reseñando las garantías y límites establecidos en la legislación vigente; en cuanto a las funciones considera que debería hacerse alguna mención a las unidades, cuerpos o servicios que, en cada caso, han de desempeñar las funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios definidas en el artículo 15.

El último borrador obrante en el expediente (folios 176-195) es el que se autoriza como texto definitivo del Proyecto de Decreto (folios 196-215).

SÉPTIMO.- Con fecha 2 de febrero de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

SEGUNDA.- Habilitación legal y naturaleza de la disposición.

Como recoge la Exposición de Motivos (EM) del Proyecto de Decreto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM) ostenta las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social (artículo 11.1 del Estatuto de

Autonomía para la Región de Murcia, EAMU), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1,16ª de la Constitución, que reserva al Estado las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Asimismo el artículo 12.Uno, 4 EAMU reconoce la competencia autonómica para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, reservándose el Estado la Alta Inspección. También el artículo 51.1 EAMU reconoce la potestad de organización de la Administración regional, competencia también ejercitada, aunque en menor intensidad, en el presente Proyecto, que debe ser invocada en la EM.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) establece (artículo 30) que todos los centros y establecimientos sanitarios estarán sometidos a la inspección y control de las Administraciones Sanitarias competentes. Además, los hospitales de la red integrada del sector público estarán sometidos a la evaluación de sus actividades y funcionamiento (artículo 66). Concretamente, el artículo 31 de dicha Ley atribuye las siguientes facultades al personal de las distintas Administraciones Públicas que realice las funciones de inspección:

“a) entrar libremente sin previa notificación, en cualquier momento, en todo Centro o establecimiento sujeto a esta Ley.

b) proceder a las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para comprobar el cumplimiento de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo,

c) tomar o sacar muestras, en orden a la comprobación del cumplimiento de lo previsto en esta Ley en las disposiciones para su desarrollo, y

d) realizar cuantas actuaciones sean precisas, en orden al cumplimiento de las funciones de inspección que desarrolle”.

Como consecuencia de las actuaciones de inspección y control, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la salud colectiva o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento”.

Del mismo modo el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social establece que corresponde a la Entidad Gestora la inspección sobre la organización y funcionamiento de los servicios sanitarios propios o concertados, así como, en su caso, de los de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo y de los empresarios.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en lo sucesivo Ley 16/2003), tras desarrollar las funciones y actividades de la Alta Inspección, señala que ésta establecerá mecanismos de coordinación y cooperación con los servicios de inspección de las Comunidades Autónomas (artículos 76 y 79).

En el ámbito autonómico, la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia, atribuye a la Consejería del ramo el control, inspección y evaluación de las actividades del Servicio Murciano de Salud (artículo 6,e).

Por Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, se traspasaron a la CARM las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud (INS); específicamente las de gestión, y entre ellas la inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social facilitadas por el Sistema Nacional de Salud, así como la evaluación del desarrollo y resultados de la acción sanitaria de la Seguridad Social en la Región, mientras

que la Administración General del Estado se reserva el ejercicio de la Alta Inspección, en los términos previstos en el artículo 43 LGS. Las funciones transferidas se asignaron al Servicio Murciano de Salud, salvo las facultades de inspección, que quedaron adscritas a la Consejería competente en materia de sanidad (Decreto 93/2001, de 28 de diciembre).

Tras la cita del elenco de normas que versan sobre la materia, la habilitación concreta para aprobar el presente Proyecto de Decreto, que aprueba el Reglamento por el que se ordena la Inspección de Servicios Sanitarios, se sustenta esencialmente en el artículo 6 de la Ley regional 4/1994, ya citada, en cuanto atribuye a la Consejería de Sanidad las competencias relativas al control, inspección y evaluación de las actividades del Servicio Murciano de Salud, el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter sanitario para la creación, modificación, traslado o cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, su catalogación y acreditación, así como la evaluación y el control de los convenios con entidades y centros concertados. Dicha Ley habilita al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones considere necesarias para el desarrollo de la misma (Disposición Final Segunda).

También se sustenta dicha habilitación en la LGS, concretamente, en los artículos 30 y 31, que atribuyen a las Administraciones sanitarias la inspección y el control de los centros y establecimientos sanitarios, considerándose, desde esta vertiente, también como reglamento de desarrollo de la normativa básica estatal.

En consecuencia, se trataría de un reglamento de desarrollo o ejecución de la ley regional y de la normativa básica citada, a diferencia de los decretos de estructura de las Consejerías (reglamentos independientes), sin que se limite a regular únicamente aspectos organizativos internos, ni tampoco contenga la creación de órganos, pese a algún párrafo del Proyecto que puede inducir a confusión, como más adelante se expondrá, sino que regula esencialmente las actividades de inspección, control y evaluación de los Inspectores y Subinspectores sanitarios, es decir, el ejercicio de una actividad de intervención administrativa limitativa de derechos, y que puede dar lugar a imposición de sanciones, siendo susceptible de producir efectos *ad extra*. Por ello, conforme a nuestra doctrina (Dictamen núm. 28/99 del Consejo Jurídico), su naturaleza es de reglamento ejecutivo que complementa las normas legales citadas, explicitando reglas en ellas enunciadas e innovando el ordenamiento siguiendo tales principios. Del mismo modo, conforme a una concepción material, la jurisprudencia (por todas, STS, Sala 3ª, 27 de noviembre de 2006) ha interpretado que reglamento ejecutivo comprende aquellos que, de forma total o parcial, completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan una o varias leyes, características plenamente predicables del presente texto.

TERCERA.- Procedimiento de elaboración.

El procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado a lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, habiéndose completado ulteriormente la tramitación con una audiencia al Consejo de Salud de la Región de Murcia y a la Consejería competente en materia de política social para la coordinación con las labores de inspección en los centros sociosanitarios, coincidiendo el Consejo Jurídico con el parecer del órgano preinformante en que el procedimiento de elaboración de la presente disposición no está exento del trámite de audiencia a los órganos y organizaciones representativas, cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, por tratarse de una norma que regule órganos de la Administración Regional conforme a lo dispuesto en el precitado artículo 53, apartado

3,c), como ha sugerido algún informe, por las razones explicitadas en el párrafo *in fine* de la Consideración anterior. Incluso, aun en la hipótesis de que un reglamento pudiera ser considerado como interno de organización administrativa, no excluye el cumplimiento de aquel requisito si se produce afectación de intereses de organizaciones representativas en los términos indicados (STS, Sala 3ª, de 27 de mayo de 2002).

La anterior consideración sobre la necesidad de cumplimentar la audiencia viene reforzada por el fallo del Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala 3ª, de 27 de mayo de 2002, sobre el Proyecto de Decreto de 243/1991, de 17 de diciembre, de la Junta de Andalucía, sobre la Ordenación e Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios de aquella Comunidad Autónoma, en el que señala que no puede considerarse excluido el deber de audiencia a las organizaciones interesadas que el ordenamiento impone en su tramitación, en el entendimiento de la que la citada disposición afectaba a los intereses corporativos de la profesión farmacéutica. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de febrero de 2004, que anuló el Decreto 15/2003, de 18 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios, por la omisión del trámite de audiencia al Sindicato Libre de Farmacéuticos.

En su aplicación al presente caso, consta la audiencia al Consejo Regional de la Función Pública, por razón de la materia, en el que se integran ocho representantes del personal designados por las organizaciones sindicales en proporción a su representatividad. Además se ha completado la participación, con la audiencia al Consejo de Salud de la Región de Murcia (artículo 11 Ley 4/1994), en el que participan representantes de cada uno de los colegios profesionales del área sociosanitaria, además de las Organizaciones Sindicales a que se refiere el artículo 87.2 de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, del Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud. También integra su composición un representante de las organizaciones de consumidores y usuarios y de enfermos crónicos, así como dos de las asociaciones de vecinos.

Descrita ya la participación de la representación sindical en la elaboración, conviene determinar si los representantes de los colegios profesionales afectados (médicos, farmacéuticos y enfermeros) han podido participar en el procedimiento de elaboración, conforme a sus fines, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley regional 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales. En tal sentido, de acuerdo con la composición descrita, tienen representación en el Consejo de Salud los Colegios Oficiales de Médicos, Farmacéuticos y ATS y Diplomados en Enfermería, que informó el Proyecto de Decreto. Prueba de ello es que el Colegio Oficial de Médicos presentó un escrito de alegaciones.

En consecuencia, el Consejo Jurídico entiende que se ha cumplido el trámite de participación, a efectos de no advertir defectos que pudieran viciar de nulidad el procedimiento de elaboración, si bien hubiera sido recomendable la audiencia al Consejo Asesor Regional de Consumo, por la representación que tienen en el mismo las distintas organizaciones de consumidores y usuarios, tan vinculados la actividad de la Inspección Sanitaria en relación con las reclamaciones de los usuarios (artículo 15,3 del Reglamento, en relación con los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario), si bien ha de hacerse constar que un representante de las Asociaciones de Consumidores participa en el Consejo de Salud.

En cuanto a la formalización de la documentación, se ha plasmado adecuadamente en el expediente la evolución del contenido del Proyecto, con la agregación de las sucesivas

modificaciones, si bien, en algún caso, debería haberse plasmado documentalmente la motivación para estimar las distintas alegaciones o sugerencias presentadas.

Por último, la iniciación del procedimiento de elaboración del presente Proyecto es anterior a la entrada en vigor de la Ley regional 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que exige un informe de impacto por razón de género en el procedimiento de elaboración reglamentaria (artículo 10 y Disposición Final Cuarta), habiéndose indicado en el Dictamen núm. 155/07 que, al carecer dicha Ley regional de normas transitorias, los procedimientos en trámite a la entrada en vigor se regirán por la legislación anterior; no obstante, el Consejo Jurídico recomienda que se complete el expediente con el informe aludido, que sí ha tenido reflejo en las más recientes normas autonómicas de contenido similar, a la hora de referirse a los puestos que integran la Inspección de Servicios Sanitarios profesionales, (por ejemplo, el título del artículo 15 del Decreto 56/2006, de 28 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana).

CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.

I. Organización de la Inspección de los Servicios Sanitarios.

En la medida que el objeto del Reglamento es la ordenación de la actividad de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región, interesa conocer la regulación de la actividad inspectora antes de las transferencias a la Administración regional.

A) Antecedentes.

En tal sentido, el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social reconoce a los inspectores médicos y farmacéuticos la condición de autoridad pública en el ejercicio de tal función, señalando que recibirían de las autoridades y de sus agentes la colaboración y el auxilio que a aquélla se deben. Por Orden de 28 de abril de 1978 se creó el Cuerpo especial Sanitario de la Seguridad Social, integrado por las escalas de Médicos Inspectores, Farmacéuticos Inspectores y ATS Visitadores. Con posterioridad la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Disposición adicional sexta) incorporó como personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social a los integrantes de las escalas citadas del extinguido Instituto Nacional de Previsión (INP). Por Real Decreto 1427/1998, de 3 de julio, el Cuerpo Sanitario del extinguido INP pasó a denominarse “Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social”, adscrito al Ministerio con las siguientes escalas: Médicos Inspectores, Farmacéuticos Inspectores, y Enfermeros Subinspectores.

Mediante Circular 3/99, de 30 de noviembre, de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, sobre Organización y Funciones de la Inspección Sanitaria, se produjo una sistematización e integración de las funciones básicas que corresponden a la Inspección Sanitaria, así como su ordenación para el ejercicio efectivo. Este mismo papel cumple el Proyecto, en tanto ordena la Inspección de los Servicios Sanitarios en el ámbito regional.

B) Inserción de la Inspección de Servicios en la estructura organizativa de la Administración Regional.

El Texto Refundido de la Ley de Ordenación de Cuerpos y Escalas de la Administración Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 15 de diciembre (en lo sucesivo TRLCE), recoge, dentro del Cuerpo Superior Facultativo, la escala superior de salud pública, a la que le corresponde “*el estudio, gestión, ejecución, propuesta e inspección de carácter superior facultativo en los aspectos relativos a la salud, y asistencia sanitaria*”. Del mismo modo, a la Escala de Diplomados de Salud Pública del Cuerpo Técnico también se le asignan funciones de inspección en los aspectos relativos a la salud pública, así como a la asistencia sanitaria, y apoyo a la Escala Superior.

A diferencia de otras Comunidades Autónomas, la Inspección Sanitaria no tiene una estructura única en nuestra Administración; dependiente de la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias, a la que le corresponden las competencias de inspección de centros y establecimientos sanitarios, así como las prestaciones médicas, según el Decreto 154/2007, de 6 de julio, en la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria, existen varios servicios con cometidos de inspección, afectados por el presente Proyecto: de Inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios, de Inspección de prestaciones asistenciales y el Servicio de Incapacidad Temporal y Salud Laboral. Además al Servicio de Ordenación y Atención Farmacéutica, dependiente de la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria, y Política Farmacéutica, le corresponde la inspección que corresponda a la Administración Regional en la materia de asistencia farmacéutica, establecimientos y servicios farmacéuticos, medicamentos y productos sanitarios, sin perjuicio de las competencias de inspección previstas de los anteriores Servicios, si bien, aunque con ciertas imprecisiones como más adelante se expondrá, se excluye de su ámbito a los centros, establecimientos o servicios regulados por la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia (artículo 15,2 del Reglamento).

Las anteriores consideraciones nos permiten realizar observaciones acerca de ciertos párrafos del Proyecto de Decreto, que hacen referencia a la regulación de sus tareas como si de un único cuerpo se tratara, o las actividades estuvieran asignadas a un único órgano o unidad administrativa (la Inspección de los Servicios Sanitarios), presumiblemente influidos por otros decretos autonómicos de contenido similar que parten, como se ha indicado, de una estructura única. Por ejemplo, en la EM (folio 198, párrafo tercero), se define a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma como un organismo, cuando de la estructura administrativa indicada no se desprende tal consideración, por lo que debería suprimirse tal calificativo. Del mismo modo el artículo 3.3 del Reglamento (Anexo del Proyecto de Decreto) pormenoriza que es un órgano integrado por médicos inspectores, farmacéuticos inspectores y enfermeros subinspectores, cuando tampoco puede desprenderse tal consideración de la estructura indicada con anterioridad. Asimismo, el artículo 14.2 atribuye a la Inspección de Servicios Sanitarios directamente el deber de coordinación con los órganos directivos de la Consejería, sin especificar que será a través del titular del centro directivo del que depende (Subdirección General de Atención al Ciudadano, Coordinación Institucional e Inspección Sanitaria).

En tal sentido, las citas “a la Inspección de los Servicios Sanitarios”, a lo largo de la disposición reglamentaria, sin que se haya propuesto o modificado el decreto de estructura para la creación de un órgano que los aglutine, ha de ser interpretada como colectivo de empleados públicos encargados del control, inspección, evaluación y vigilancia que, bajo la dependencia de la Consejería de Sanidad, garantiza que la provisión de los servicios sa-

nitarios y prestaciones de la Seguridad Social se realice en las condiciones previstas en las normas (informe del titular de la Secretaría General en el folio 57). En este sentido, debería recogerse dicha definición de la Inspección de Servicios Sanitarios en la EM del Proyecto, puesto que es la terminología empleada a lo largo del texto.

Desde esta perspectiva, el Colegio Oficial de Médicos (folio 173) ha señalado que, si bien las competencias están en general bien definidas, sin embargo, no es posible saber quien va a ejecutar las funciones que se recogen; a este respecto dos son las opciones normativas que se plantean: una, la adoptada por el texto, que señala en el articulado que la Inspección de Servicios Sanitarios estará integrada por los puestos de Inspectores Médicos y Farmacéuticos, así como de Enfermeros Subinspectores en que se configura la relación de puestos de trabajo (artículo 4.1), si bien ulteriormente debería ser completada la regulación con la correspondiente traslación de las funciones recogidas en el Proyecto al Decreto de estructura de la Consejería consultante, como más adelante se indicará cuando se examinen las tareas de la Inspección.

Otra, la adoptada por otras normas autonómica, de contenido similar, consistente en que se incorpore al texto los servicios o unidades a los que están adscritos los inspectores médicos y farmacéuticos, así como los subinspectores.

II. Ámbito de aplicación del Proyecto de Decreto.

Si bien el Proyecto define con claridad el objeto de la norma en el artículo 1 del Reglamento, sin embargo, se oscurece en ulteriores artículos, cuando se concreta el ámbito material de la actuación (artículo 8) y las funciones en materia de centros y establecimientos sanitarios (artículo 15.2,c).

Conforme a su artículo 1, el Reglamento tiene por objeto la ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios y la regulación de los siguientes aspectos:

- a) Actividades de vigilancia, control e inspección de la asistencia sanitaria que se presta en todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios y sociosanitarios, de las prestaciones farmacéuticas, complementarias, por incapacidad temporal, y todas las que suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada.
- b) La evaluación de los centros y establecimientos públicos, y los privados concertados de la Región.

Esta última distinción se produce porque la evaluación de las actividades y funcionamientos de los centros y establecimientos públicos sanitarios sólo está prevista en la LGS respecto a los privados vinculados con el Sistema Público de Salud, en los términos establecidos por su artículo 30 en relación con el 67.5 de dicha Ley.

Una primera cuestión, de índole menor, es la reiteración de contenidos en la definición del objeto y ámbito de aplicación en los artículos 1 y 2 del texto, que podría mejorarse, estableciendo el artículo 1 que el objeto de la presente norma es la ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la regulación de sus actividades de vigilancia, control, inspección y evaluación. En tal caso, el artículo 2 podría mantenerse con su contenido, si bien habría que añadir un apartado e) que incluyera a todas aquellas actividades “que suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada”.

Sin embargo, mayor importancia tiene el contraste entre los artículos 1 y 2 con el 8 sobre el ámbito material de actuación, en el que se establece que *“el ámbito material de actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios se extiende a los sujetos, entidades, centros, lugares y medios incluidos en el campo de aplicación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, Ley 3/1997, de 28 de mayo, de ordenación farmacéutica de la Región de Murcia, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, y concordantes”*.

El Consejo Jurídico considera que su redacción suscita los siguientes problemas:

– La excesiva amplitud de su redacción, citando normas estatales (por ejemplo, la Ley 29/2006 referida) cuyo ámbito de aplicación difiere del presente Proyecto.

– También se incurre en contradicción al citar los centros y lugares de aplicación de la Ley regional 3/1997, de Ordenación Farmacéutica, puesto que un artículo ulterior (el 15.2, c) excluye precisamente a los centros, establecimientos o servicios regulados por la citada Ley.

– Se ha omitido la referencia a la Ley regional 4/1994, que es precisamente la que habilita al presente desarrollo reglamentario.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que el apartado 1 del artículo 8, sobre el ámbito material de la actuación, debería ser eliminado, por distorsionar el ámbito de aplicación del Reglamento. Del mismo modo debería también salvarse la aparente contradicción que suscita el artículo 15,2, c), excluyendo a los centros, establecimientos o servicios regulados por la Ley 3/1997, entre los que se encuentran los servicios de farmacia de hospitales (artículo 4, 1,e), con la concreción del ámbito de aplicación del Reglamento, que hace referencia a los centros y establecimientos sanitarios de carácter público (artículo 1).

III. Estatuto del Personal de la Inspección.

Varios son los aspectos que deben ser reseñados del texto reglamentario, que atañen a la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios:

1º. La condición de autoridad pública de los Inspectores Médicos y Farmacéuticos.

El artículo 4.2 del Proyecto de Reglamento recoge la consideración de autoridad de los Inspectores Médicos y Farmacéuticos, que recibirán de las autoridades y de sus agentes la colaboración y el auxilio que aquéllos le requieran. De otra parte, los Enfermeros Subinspectores tendrán la consideración de agentes de la autoridad.

Esta consideración ha sido cuestionada por el órgano preinformante, que ha realizado una observación atinente a que la atribución del carácter de autoridad, o de agente de la autoridad, a funcionarios públicos no puede realizarse por vía reglamentaria, por lo que habrá de estarse a lo que determinen las leyes vigentes. A este respecto nada establece sobre la condición de los Inspectores la Ley regional 4/1994, ni el artículo 31 LGS, sobre la actuación del personal inspector de las Administraciones Públicas. Por el contrario, la Ley 16/2003, respecto a los funcionarios de la Administración del Estado que ejerzan la Alta Inspección, señala que gozarán de la consideración de autoridad pública a todos los efectos, y en sus actuaciones podrán recabar de las autoridades del Estado, de las Comunidades Autónomas, y restantes Administraciones la colaboración necesaria para el cumplimiento de sus funciones. De otra parte, el artículo 174 del Decreto 206/1974, de 30 de mayo, ya

citado, establece que los inspectores médicos y farmacéuticos del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de tal función y recibirán de las autoridades y de sus agentes la colaboración y el auxilio que a aquélla se deben. Además, los enfermeros subinspectores tendrán las funciones inspectoras de apoyo, gestión y colaboración con los inspectores médicos y farmacéuticos y, en ejecución de las órdenes recibidas para el desempeño de sus cometidos, tendrán la consideración de agentes de la autoridad. La actual redacción proviene de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El Consejo Jurídico considera acertada, en ausencia de normativa regional, que la redacción actual se remita a las previsiones legales, en tanto la legislación estatal precitada les reconoce dicha condición de autoridad o agente de la autoridad, respectivamente, en determinadas actividades incluidas dentro del ámbito de aplicación del Proyecto, o bien cuando se establezca en tal sentido por la normativa regional (por ejemplo, el artículo 23 de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia reconoce a los inspectores de consumo la condición de agentes de la autoridad). No obstante, debería modificarse la redacción, reproducida de la norma estatal precitada, en cuanto establece como mandato imperativo que “recibirán de las autoridades y sus agentes la colaboración y el auxilio que aquellos le requieran”, en tanto la Administración regional no ostenta competencias, por ejemplo, sobre las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En su lugar podría redactarse del siguiente modo, en sintonía con otras normas autonómicas de contenido similar (artículo 20.2 del Decreto 56/2006, de 28 de abril, de la Comunidad Valenciana): *“podrán solicitar de las autoridades y sus agentes la colaboración y el auxilio que aquéllos le requieran”*.

Por otra parte, la consideración de autoridad o agente de la autoridad no condiciona el valor probatorio de las actas que se levanten, siempre que cumplan los requisitos previstos en el artículo 137.3 LPAC, como acertadamente refleja el artículo 21.2 del Reglamento.

Sin embargo, mayor dificultad le plantea al Consejo Jurídico la atribución a los Inspectores de las facultades previstas en el artículo 12.f), en relación con la adopción de medidas cautelares necesarias para preservar la salud colectiva en situaciones de urgencia, dando cuenta a las autoridades sanitarias, quienes deberán ratificarlas en el plazo de 48 horas.

Con ocasión de nuestro Dictamen núm. 95/07 sobre el Anteproyecto de Ley que modifica la Ley 4/1996, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, ya citada, indicamos que: *“el deber general de no lesionar, ni poner en peligro la salud y la integridad física de las personas, es una pieza clave y tradicional de diversos sectores de nuestro ordenamiento, reconociéndose como un derecho básico de los consumidores la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad (artículo 2 de la Ley 26/1984). Para concretar y hacer efectivo aquel deber se ha dotado desde siempre de extensas potestades a las Administraciones Públicas, sobre todo a través de la normativa sanitaria; así, los artículos 25 y 26 de la Ley General de Sanidad establecen, respectivamente, que cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente con el objeto de eliminar aquélla, y en el caso de que exista o se sospeche de un riesgo inminente extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de sus productos, suspensión del ejercicio de actividades,*

cierres de empresa o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales, y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. La duración de tales medidas no debe exceder de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario. También el artículo 6 bis de la Ley 26/1984, añadido por la Ley 44/2006, establece, en ejercicio de las competencias básicas en materia de sanidad, que “ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, las administraciones públicas competentes podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas”.

En consecuencia, la adopción de las medidas cautelares tienen su fundamento en el artículo 26 LGS (adopción de medidas preventivas frente al riesgo inminente y extraordinario para la salud), que atribuye a las autoridades sanitarias la competencia para su adopción, al igual que el artículo 99 de la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Congruentemente con ello, el Decreto 73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios atribuye al Director General competente la adopción de tales medidas (artículo 17.2), contradiciendo el presente Reglamento tales previsiones. En el mismo sentido el artículo 55 de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, que regula la ordenación farmacéutica, la atribuye al órgano de la Consejería competente que se determine reglamentariamente. En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que la adopción de tales medidas debe corresponder al órgano administrativo competente, y no al personal inspector. Además, precisamente por la provisionalidad de su adopción, se encuentran sometidas al régimen previsto en el artículo 72 LPAC, que atribuye al órgano competente para resolver el procedimiento la adopción de las medidas en los casos de urgencia, debiendo ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción.

2º. Adscripción de personal técnico.

El apartado 2 del artículo 6 establece: *“Asimismo podrán constituirse de grupos asesores expertos en las materias que se determinen, en orden al cumplimiento de sus fines”.*

La redacción propuesta es de difícil comprensión, sin que se determine la incardinación de este grupo de asesores expertos, ni sus tareas. A este respecto si lo que se pretende es establecer, a modo similar de otras normas autonómicas que han servido como orientación para la redacción del presente Proyecto, la posibilidad de que se consulte a otro organismo profesional, sociedad o asociación científica, o a otros servicios o departamentos de la Administración regional, o del Estado, ya se recoge dicha previsión en el artículo 17.3 del Proyecto. En tal caso debería suprimirse.

3º. Autonomía funcional.

El artículo 13 establece que la Inspección de Servicios Sanitarios tendrá total “independencia” de los órganos de dirección de los centros, sin embargo, el Consejo Jurídico considera más apropiada la expresión “autonomía”, pues, como puso de manifiesto el Dictamen núm. 113/2006, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, con el término independencia *“se amplían extraordinariamente los supuestos en los que los miembros del Servicio de Inspección deberán abstenerse de actuar o podrán ser recusados por los sujetos pasivos de las inspecciones”.*

IV. Funciones de la Inspección de Servicios.

El artículo 15 contiene el listado de funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios, separadas por materias (centros y establecimientos sanitarios, derechos de los ciudadanos, prestaciones sanitarias, prestaciones de la seguridad social, responsabilidad, inspección farmacéutica, sistemas de información).

En esta parte el Proyecto se asemeja a un decreto de estructura, si bien se diferencia en que no se vinculan las funciones con las unidades administrativas en las que se incluyen puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos (Inspectores Médicos, Farmacéuticos y Subinspectores).

En todo caso, como consecuencia de la aprobación del presente Proyecto, debería adecuarse el Decreto de estructura de la Consejería al listado de las funciones, de mayor extensión que las previstas en la normativa vigente.

Además se realizan las siguientes observaciones al artículo 15:

– En el apartado 3,c) y d) se reitera el inciso “*así como cualquier otro informe que le encomiende la normativa vigente*”. De otra parte, en relación con las reclamaciones, puesto que aparece enunciado con un carácter más general (3,c), que posteriormente se concreta, respecto a las de responsabilidad patrimonial, en el apartado 6 del mismo artículo, debería referirse “a las reclamaciones, quejas o sugerencias”. Además se considera innecesario especificar la petición de informe respecto a aquéllas que revistan gravedad, puesto que ya se prevé que se emitirá cuando se considere necesario por el órgano receptor de la reclamación. De mantenerse dicha redacción (sólo en los supuestos de gravedad) se plantearía cierta contradicción con el apartado 6, a), que establece que la Inspección elaborará informes técnicos sanitarios en los expedientes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se instruyan por el Servicio Murciano de Salud.

– En el apartado 6,a), ya citado, debería completarse con la posibilidad de que otros departamentos de la Administración regional pudieran solicitar, igualmente, un informe a la Inspección cuando se requiera de un juicio técnico especializado en materia sanitaria.

– Se echa en falta, entre sus funciones, la colaboración de la Inspección Sanitaria con la Alta Inspección del Estado, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 79 de la Ley estatal 16/2003, ya citada.

V. Actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios.

Las actuaciones de la Inspección de Servicios Sanitarios se dividen en programadas y no programadas. Respecto de éstas se establece que se iniciarán a instancia del órgano inspector (artículo 16.3), si bien debería expresarse de manera diferente, a la vista de nuestras observaciones sobre la no consideración de la Inspección como un órgano en nuestra Administración regional. En el mismo sentido de indeterminación se encuentra el artículo 21.5.

En otro orden de ideas, parece excesivo (artículo 18.3) que “todos” los informes que solicite la Inspección deban ser atendidos “de urgencia con carácter preferente”; debería circunscribirse a cuando se solicite en tal sentido.

La autonomía funcional que se predica de la Inspección Sanitaria respecto a los órganos de dirección de los centros y establecimientos, debería plasmarse también en algún supuesto (por ejemplo en el artículo 20), pues su actividad, en relación con los casos en que se detecte

posible infracción penal o administrativa, se condiciona a que el superior jerárquico de la Inspección la traslade “si procede”, cuando la procedencia para la iniciación de los procedimientos correspondientes ha de ser determinada por los órganos competentes.

VI. Técnica normativa.

Debería hacerse referencia a las normas con la cita completa (por ejemplo, en el artículo 15,6,g) como exigen las Directrices de Técnica Normativa (Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

Asimismo debería examinarse el texto y corregir las puntuaciones: por ejemplo, en el artículo 3.2 suprimir la coma antes de “se encomienda”, al igual que en el artículo 15, apartados 6,b (tras participar), y artículo 15.5,j) antes de “con”; también suprimir un punto al final del artículo 15.6,e).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma ostenta competencias para aprobar el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Consideración Segunda), si bien debe ser también invocada en la EM la competencia autonómica prevista en el artículo 51.1 EAMU.

SEGUNDA.- Tras la aprobación del presente Proyecto de Decreto, que recoge el listado de funciones de la Inspección de los Servicios Sanitarios, debería adecuarse al mismo el Decreto de estructura de la Consejería consultante.

TERCERA.- Se consideran de carácter esencial las observaciones al conjunto normativo relativas a:

1ª. La consideración de la Inspección de Servicios Sanitarios como un órgano en la EM, artículo 3.3 y 14.2 (Consideración Cuarta, I,B).

2ª. La excesiva amplitud del ámbito material de actuación del artículo 8 del Reglamento, aconsejando su eliminación, así como la clarificación del alcance de la exclusión prevista en el artículo 15.2,c) por las dudas que suscita (Consideración Cuarta, II).

3ª. La adopción por la Inspección de Servicios Sanitarios de las medidas cautelares previstas en el artículo 12,f (Consideración Cuarta, III,1º), que deben corresponder al órgano competente.

4ª. Clarificar el contenido del artículo 6.2 o, en su defecto, su eliminación (Consideración Cuarta, III, 2º).

CUARTA.- Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 167/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. A. J. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 03/12/07

Extracto de Doctrina

La falta de probanza de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado debe desembocar en la desestimación de la reclamación, con fundamento en el principio de la carga de la prueba, en virtud del cual debe hacerlo quien reclama (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como se ha venido destacando por el Consejo Jurídico en numerosos dictámenes (por todos, el 165/2006).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de septiembre de 2004 (registro de entrada), D. A. J. G. presenta escrito de reclamación ante el Servicio Murciano de Salud, por la caída sufrida el 17 de agosto anterior en las escaleras del Consultorio de El Raal (municipio de Murcia), a consecuencia de la cual le diagnosticaron un esguince de tobillo derecho, inmovilización y reposo, habiendo permanecido, según la interesada, 35 días de baja.

SEGUNDO.- Consta un escrito del Coordinador Médico del Equipo de Atención Primaria (EAP) de Alquerías, de 6 de septiembre de 2004, que señala:

“Ante su solicitud, en relación con el expediente referido, le informo que, consultado el personal que presta sus servicios en el Consultorio Local de El Raal, la Auxiliar Administrativa D. M. P. P. R. confirma que, lo relatado por la Sra. reclamante en lo referente al accidente en el espacio físico del Consultorio, es cierto.

Esta paciente pertenece al cupo de D. M. G. J., que en el día del hecho disfrutaba período vacacional. El facultativo que le atendió fue D. J. P. L. M., quien me informa que, tras exploración, la deriva a medio hospitalario para realización de pruebas complementarias y no vuelve a tener información del caso, a pesar de estar acumulando el cupo referido hasta 31 de Agosto.

Consultada su H^a. Clínica, no consta anotación de seguimiento ni proceso de incapacidad temporal”.

TERCERO.- El 4 de noviembre de 2004 (registro de salida) la instructora requiere a la reclamante para que, en el plazo de 10 días, especifique las lesiones producidas, y la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, así como la proposición de prueba, concretando los medios de los que pretende valerse.

CUARTO.- La reclamante presenta escrito el 18 de noviembre de 2004 (registro de entrada), ratificándose en que la caída se produjo el 17 de agosto anterior, que las lesiones consistieron en esguince de tobillo derecho y fisura en el mismo pie, que los días de baja fueron 35, y que el funcionamiento del servicio público ha sido correcto. Acompaña a su

escrito informe del Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario y copia de la reclamación.

QUINTO.- Por Resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 14 de marzo de 2005, se admitió a trámite la reclamación interpuesta, notificándose seguidamente a la reclamante (folios 17 y 18); al mismo tiempo se remite el escrito de reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria, y a la correduría de seguros, a efectos de su traslado a la compañía aseguradora.

SEXTO.- Solicitada la historia clínica al Director Gerente del Hospital Reina Sofía, se remite el 15 de abril de 2005, indicando que se ha solicitado informe al médico responsable de la atención de la paciente en el Servicio de Urgencias, siendo finalmente evacuado el 21 de julio de 2005, por el médico adjunto del citado Servicio (folio 34), que relata que la paciente fue diagnosticada de esguince de tobillo derecho, y tratada ortopédicamente con férula posterior de escayola, siendo remitida para su seguimiento al traumatólogo de la zona.

SÉPTIMO.- Otorgado un primer trámite de audiencia a la interesada el 16 de noviembre de 2005 (registro de salida), no consta que formulara alegaciones.

OCTAVO.- Tras una larga paralización del procedimiento, el 13 de febrero de 2007 remite informe el Coordinador Médico del EAP de Alquerías, en el que hace constar que *“solicitada declaración a D. J. S. B., Auxiliar de Clínica, que presta sus servicios en el consultorio Local de El Raal, perteneciente a este EAP, manifiesta que recuerda el hecho acontecido, y que, en ningún caso, había defecto arquitectónico alguno ni, en horario de atención a los usuarios, se encuentra nunca el pavimento húmedo.”*

NOVENO.- Tras otorgar un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, que no formula alegaciones, se dicta propuesta de resolución desestimatoria al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial (folios 42 y ss.).

DÉCIMO.- Con fecha 28 de junio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERO.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

La Administración regional, en tanto titular del servicio público sanitario donde se produjo la caída de la interesada (Consultorio de El Raal) ostenta la legitimación pasiva, siendo órgano competente para su resolución el titular de la Consejería de Sanidad, conforme a lo establecido en el artículo en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

II. En cuanto al plazo, cabe indicar que la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, puesto que la caída se produjo el 17 de agosto de 2004, y la reclamación fue presentada el 21 de septiembre del mismo año.

III. Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, habiéndose detectado una larga paralización del mismo, como se recoge en el Antecedente Octavo, que no respondía a ninguna actuación o trámite pendiente.

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

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

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

Concretamente, en el presente supuesto, no se imputa el daño a la actuación médica de los servicios sanitarios, sino a sus elementos materiales, que forman parte de dicho servicio, por lo que conviene recordar que, cuando el elemento presuntamente causante del daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues como señalamos en nuestro Dictamen núm.153/2004: *"...lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el*

carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio...”

En suma, para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, habrán de concurrir los siguientes requisitos previstos por los artículos 139 y 141 LPAC:

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

En su aplicación al presente supuesto, cabe considerar acreditado que la reclamante tuvo una caída en el Consultorio de El Raal, como reconoce el Coordinador Médico (folio 4), a consecuencia de la cual sufrió unos daños, siendo diagnosticada de esquinco de tobillo derecho y tratada ortopédicamente con férula posterior de escayola (folios 3 y 34).

Por el contrario, conviene destacar la ausencia total de prueba por parte de la reclamante de los restantes elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, en concreto la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, y su antijuridicidad, atribuible, en exclusiva, a la misma, pues, como destaca la propuesta de resolución *“en ningún momento manifiesta que la caída sufrida tuviese su causa en algún tipo de deficiencia achacable a la Administración, ni en que las escaleras estuviesen mojadas o pudiesen encontrarse en mal estado, extremo ratificado con el hecho de que durante el periodo probatorio, no se ha aportado por la reclamante ningún tipo de prueba dirigida a acreditar dicho extremo”*.

La propia interesada, en su escrito de 18 de noviembre de 2004 (folio 12), sostiene que el funcionamiento del servicio público fue correcto, coincidiendo su parecer con las manifestaciones (aunque varios años después) de la auxiliar de clínica que presta sus servicios en el Consultorio local de El Raal, que recuerda la caída, añadiendo que, en ningún caso, había defecto arquitectónico, ni el pavimento se encuentra mojado en horario de atención a los usuarios (folio 38).

En consecuencia la falta de probanza de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado debe desembocar en la desestimación de la reclamación, con fundamento en el principio de la carga de la prueba, en virtud del cual debe hacerlo quien reclama (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como se ha venido destacando por el Consejo Jurídico en numerosos dictámenes (por todos, el núm. 165/2006).

Finalmente, tampoco ha acreditado la reclamante los 35 días de baja que reclama, pues dicho periodo no se desprende del parte de admisión de Urgencias en el Hospital General Universitario (*“reposo, férula posterior en tobillo derecho 7-10 d”*), y el Coordinador Médico EAP de Alquerías señala que, en su historia clínica, no consta anotación de seguimiento ni proceso de incapacidad temporal.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que desestima la reclamación, al no advertir la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 168/07.- Proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación del personal técnico adscrito al Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia que realiza labores técnicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, para la realización de funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)

Fecha: 10/12/07

Extracto de Doctrina

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “sin afectar a los derechos de los ciudadanos”, quedan referidos a “la mera estructuración interna de la organización administrativa” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos ad intra, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado el Estado.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2006, el Director del Instituto de Seguridad y Salud Laboral eleva a la Consejera de Trabajo y Política Social una propuesta de Decreto por el que se regula la habilitación del personal técnico adscrito al referido Instituto, que realiza funciones técnicas en materia de prevención de riesgos laborales, para la realización de funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe de necesidad y oportunidad del futuro Decreto que se justifica en la necesidad de adoptar en el ámbito regional las actuaciones normativas precisas para habilitar la colaboración del personal funcionario dependiente de las Administraciones autonómicas,

que ejerce labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Para hacer posible esta colaboración, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, Ley 54/2003), modifica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) y el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (en adelante, TRLIS).

Asimismo, en el ámbito reglamentario, por Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero (en adelante, RIT), y el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones en el Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas a la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (en adelante, RSOS), para regular la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales y asegurar que las actuaciones de comprobación que lleven a cabo en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se efectúen de forma que se garantice la coherencia del sistema de inspección.

En definitiva, el Proyecto persigue asegurar que la actividad de tales técnicos se realice de acuerdo a un procedimiento reglado común, conforme a los mismos criterios y programa de trabajo, y que se garantice que los funcionarios habilitados para realizar dichas actuaciones comprobatorias lo sean en relación con su capacidad técnica.

b) Una memoria económica, que estima el coste de implantación de las medidas contempladas en el Proyecto en 30.060 euros anuales, conforme al siguiente detalle:

– 60 euros, para la expedición y renovación del documento personal de acreditación de los seis funcionarios que se prevén como número máximo de técnicos habilitados.

– 30.000 euros en concepto de componente singular del complemento específico, previsto por la Disposición adicional primera del Proyecto.

Existe consignación presupuestaria suficiente para atender dichos gastos, mediante la optimización de los créditos disponibles en los respectivos Capítulos II y I, respectivamente, del Presupuesto de Gastos.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de octubre de 2006, la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral conoció y fue informada del Proyecto, según consta en certificación obrante en el expediente, de fecha 8 de noviembre, expedida por el Secretario de dicha Comisión.

TERCERO.- El 29 de marzo de 2007, la Dirección General de Función Pública remite a la Consejería de Trabajo y Política Social la siguiente documentación relativa al Proyecto:

a) Informe del Servicio de Ordenación Normativa de la referida Dirección, que se limita al análisis del procedimiento de elaboración de la disposición. Pone asimismo de manifiesto que, tras la oportuna negociación del Proyecto en la Mesa Sectorial de Administración y Servicios, se modifica la redacción de dos artículos.

b) Certificación expedida por el Secretario de la Mesa Sectorial de Administración y Servicios, según la cual el Proyecto fue objeto de negociación en dicha sede durante la sesión celebrada el 21 de marzo de 2007.

c) Certificación del Secretario del Consejo Regional de la Función Pública, donde se hace constar el informe favorable al Proyecto.

CUARTO.- El 9 de abril se incorpora al expediente el preceptivo informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Trabajo y Política Social, que es favorable al Proyecto.

QUINTO.- Con fecha 24 de mayo de 2007, el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente el Proyecto, *“porque mediante su aprobación la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia podrá contar con un elemento de inestimable utilidad en la prevención de riesgos laborales así como en la sanción de las irregularidades que se detecten, conforme a las previsiones de la legislación estatal en la materia”*.

SEXTO.- Con fecha 21 de junio de 2007, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe favorable al Proyecto, al no detectar objeciones de legalidad al mismo. No obstante, considera necesario conceder un trámite de audiencia al personal funcionario o laboral afectado por la habilitación.

SÉPTIMO.- El 27 de julio se incorpora al expediente un informe del Servicio Jurídico y de Gestión del Instituto promotor del Proyecto, que considera cumplimentado el trámite de audiencia una vez que aquél ha sido sometido a negociación con las organizaciones sindicales y ha sido objeto de consideración por el Consejo Regional de la Función Pública.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tiene entrada el pasado 18 de septiembre.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado al amparo del artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece su carácter preceptivo respecto de los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo normativo de legislación básica del Estado.

La solicitud de Dictamen guarda silencio acerca de la justificación del carácter preceptivo del Dictamen, que no es apreciado por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, en sentido contrario a lo indicado por el Servicio de Ordenación normativa de la Dirección General de Función Pública y la propia Dirección de los Servicios Jurídicos, que sí consideran obligado este Dictamen, al entender aquél que el Proyecto de Decreto sobre el que versa constituye desarrollo normativo de legislación básica estatal, mientras que para el órgano directivo, la preceptividad de este Dictamen derivaría del desarrollo de preceptos de legislación estatal en materia laboral.

Pues bien, atendida la redacción del artículo 12.5 LCJ, lo determinante en orden a establecer el carácter preceptivo o no del presente Dictamen será que tenga por objeto desarrollar bien una ley regional, bien estatal, pero en este último supuesto sólo si la misma reviste naturaleza básica. Desde esta perspectiva, el artículo 9.2 LPRL, en redacción dada por la Ley 54/2003, dispone que la Administración General del Estado y las de las Comu-

nidades Autónomas habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, determinando la Disposición adicional decimoquinta de la propia Ley que, para el ejercicio de esas funciones de colaboración, los funcionarios públicos de las Comunidades Autónomas “deberán contar con una habilitación específica expedida por su propia Comunidad Autónoma, en los términos que se determinen reglamentariamente”. Finalmente, el RD 689/2005, introduce un Título IV en el RIT (artículos 59 a 68), desarrollando el régimen de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el ejercicio de las funciones a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 9 LPRL.

Ninguna de las normas estatales citadas tiene carácter básico. En efecto, la LPRL sólo es básica en parte, y lo es, respecto del régimen de los empleados públicos, sólo en aquellos preceptos que son expresamente designados con tal carácter por su Disposición adicional tercera, entre los cuales no se encuentran ni el artículo 9 ni la Disposición adicional decimoquinta. Tampoco se altera la condición no básica de los referidos preceptos tras la modificación de la LPRL operada por la Ley 54/2003, como con toda evidencia se desprende de su Disposición adicional única.

Del mismo modo, las normas reglamentarias estatales ya citadas no contienen manifestación expresa acerca de una eventual calificación básica. Y es que, como se indicará de forma más extensa con ocasión del análisis de la competencia material que se ejercita al dictar la norma cuyo Proyecto constituye el objeto del presente Dictamen, el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de legislación laboral no responde al esquema bases más desarrollo, ámbito propio de la normativa básica, sino a una reserva constitucional a favor del Estado de toda la creación normativa, legal y de desarrollo reglamentario, en la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la mera ejecución, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras normas organizativas, sin efectos *ad extra*. De conformidad con esta concepción de las competencias autonómicas, el Proyecto no puede ser considerado como desarrollo no ya de legislación básica estatal, concepto que no cabe predicar de la legislación laboral, sino incluso como reglamento ejecutivo de ésta, pues la Comunidad Autónoma carecería de competencias para dictarlo.

Así pues, ni los preceptos legales ni los reglamentos invocados por la Consejería proponente como fundamento del desarrollo normativo propuesto pueden ser calificados como legislación básica estatal, sino como legislación laboral dictada al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1, 7ª CE, respecto de la que la Comunidad Autónoma carece de competencias de desarrollo legislativo.

Ahora bien, de ello no cabe deducir que el presente Dictamen no sea preceptivo, toda vez que puede ser considerado como desarrollo de una Ley regional, la 1/2000, de 27 de junio, por la que se crea el Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia. En efecto, su Disposición final segunda autoriza al Consejo de Gobierno a dictar las normas necesarias para su desarrollo y ejecución, previsión que hay que poner en relación con las funciones que el artículo 4.1 de la Ley asigna al Instituto. Entre ellas, atendida su conexión material con el objeto del Proyecto, han de destacarse las consignadas con las letras h) “establecer los procedimientos de actuación necesarios para garantizar la coordinación entre los distintos organismos competentes en las diferentes administraciones públicas”; o) “Prestar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesario a la Inspección de Trabajo y autoridades judiciales”; e y), en cuya virtud corresponden al Instituto “cuantas

otras funciones sean necesarias para el cumplimiento de sus objetivos en cuanto a promoción y prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

En consecuencia, en la medida en que el Proyecto pretende posibilitar la actuación coordinada y la colaboración de los técnicos de prevención del Instituto con la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, en orden a conseguir una mayor eficacia de la actuación administrativa en materia de prevención de riesgos en el trabajo, mediante la concreción y precisión de extremos necesarios para que el Instituto pueda ejercitar y llevar a la práctica una parte de sus funciones legales, puede ser considerado norma de desarrollo de una Ley aprobada por la Asamblea Regional, lo que conlleva el carácter preceptivo de este Dictamen.

SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias que dificultan la comprensión del *iter* normativo y de las distintas alternativas tomadas en consideración para alumbrar el texto definitivo:

1. No se han incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico los sucesivos borradores que, al parecer, se han ido elaborando durante la tramitación de la futura disposición. Así, por ejemplo, el informe del Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública alude a la inclusión en el texto del Proyecto de dos modificaciones fruto de la negociación colectiva, sin que este Órgano Consultivo haya podido conocer el texto original sobre el que se operó la variación.

2. Al contrario de lo afirmado en el expediente y de lo prescrito por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, aquél no recoge una suficiente motivación técnica y jurídica de las diferentes alternativas normativas, más allá de una mera justificación genérica de todo el Proyecto.

3. No contiene el expediente un análisis crítico de las alegaciones y sugerencias formuladas por los diversos órganos, tanto de negociación como informantes, durante la tramitación del Proyecto, justificando técnicamente su asunción o rechazo, salvo respecto de la efectuada por la Dirección de los Servicios Jurídicos acerca del trámite de audiencia.

4. Frente a la exigencia contenida en el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, de incorporar al expediente una copia autorizada del texto definitivo del proyecto de disposición, en él únicamente consta un texto, cuya condición de autorizado y aún de definitivo, únicamente puede extraerse del índice de documentos, sin que sobre el texto mismo conste rúbrica o signo que permita considerarlo merecedor de tales calificativos.

Por otra parte, carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de trabajo al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

TERCERA.- Competencia material y habilitación normativa.

Como ya se anticipó en la Consideración Primera, de conformidad con el artículo 12. Uno, 10 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), corresponde a ésta,

en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1.7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la Alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación laboral, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (STC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “uniformidad en la ordenación jurídica de la materia” (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “sin afectar a los derechos de los ciudadanos”, quedan referidos a “la mera estructuración interna de la organización administrativa” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado el Estado.

En este marco competencial, corresponde al Estado modificar la regulación material de la prevención de riesgos laborales y de los instrumentos administrativos que pretenden garantizar su cumplimiento, posibilitando la intensificación de la colaboración de las Comunidades Autónomas, al extender funciones antes exclusivas de los Inspectores de Trabajo, adscritos orgánicamente a la Administración del Estado, a funcionarios autonómicos no inspectores, los cuales quedan facultados para actuaciones comprobatorias de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, incluyendo el requerimiento, previo al levantamiento, si procede, del acta de infracción por la Inspección de Trabajo.

A la Comunidad Autónoma, por su parte, le corresponde dictar las normas reglamentarias de carácter organizativo que posibiliten dicha actuación de sus funcionarios. A tal efecto, la Disposición adicional decimoquinta de la LPRL, remite al reglamento el régimen de la habilitación específica expedida por la Comunidad Autónoma, con la que deben contar sus empleados públicos para poder ejercer las indicadas funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo. Dicha remisión reglamentaria fue cumplimentada inicialmente por el RD 689/2005, al incorporar al RIT el artículo 60, cuyo apartado 1 dispone que la habilitación de los técnicos corresponderá a las respectivas autoridades autonómicas competentes, que la llevarán a cabo de acuerdo con el procedimiento y las condiciones establecidos en su propia normativa.

A la luz de la doctrina constitucional antes expuesta, el alcance de la regulación autonómica no debe ir más allá de meras normas organizativas, que establezcan el órgano competente, el procedimiento para dictar dicha habilitación y para su revocación, su acre-

ditación, etc. pero sin llegar a incidir en el régimen sustantivo de la habilitación, teniendo vedado, por tanto, alterar los presupuestos materiales y requisitos de la habilitación, las funciones habilitadas, las facultades y deberes de los técnicos en el ejercicio de aquéllas, las modalidades y formas de actuación o las relaciones con la Inspección de Trabajo en el procedimiento de comprobación y ulterior sanción de conductas infractoras.

De conformidad con este planteamiento, puede afirmarse de principio el ajuste del Proyecto a la competencia con que cuenta la Comunidad Autónoma para dictarlo, sin perjuicio de efectuar las siguientes consideraciones:

1. El artículo 3, letra c) del Proyecto, al establecer los requisitos de acceso a la habilitación, reproduce el artículo 59 RIT, que exige a los funcionarios habilitados estar en posesión de una titulación universitaria y contar con la formación mínima prevista en el Reglamento de los Servicios de Prevención, para poder ejercer las funciones de nivel superior en especialidades o disciplinas preventivas, o haber sido convalidados para ejercer dichas funciones de acuerdo con lo dispuesto en dicho Reglamento. Nada que objetar hasta aquí, como no sea el desconocimiento de la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico acerca de la traslación a las normas regionales de preceptos estatales, técnica que merece nuestro rechazo, y que, caso de estimarse necesaria u oportuna su utilización, debe rodearse de garantías que eviten confusión o induzcan a errores de interpretación, destacando entre aquéllas la de consignar de forma clara y precisa el origen estatal de la norma.

Al margen de lo expuesto, el problema surge al incluir en el precepto un último inciso del siguiente tenor literal: *“o en base a lo dispuesto en el artículo 12 de la Orden de 27 de junio de 1997”*. El precepto aludido regula la expedición de una certificación acreditativa de la formación equivalente de los niveles medio o superior en supuestos especiales. Ello supone ampliar el ámbito subjetivo de quienes pueden acceder a la habilitación, pues ya no serán sólo quienes reúnan los requisitos de titulación y formación exigidos por el artículo 59 RIT, sino también aquellos otros funcionarios a los que, sin poseer dicha formación, se les certifica que cuentan con una formación total o parcialmente equivalente. Han de recordarse aquí las importantes limitaciones derivadas de la naturaleza meramente ejecutiva de la competencia autonómica ejercitada al dictar el futuro Decreto, que vedan cualquier innovación del régimen sustantivo de la habilitación, como la que se produciría de introducir modificaciones en los requisitos mínimos subjetivos exigidos para acceder a ella.

Procede, en consecuencia, suprimir el inciso de referencia.

2. La Disposición adicional segunda pretende establecer de forma expresa la supletoriedad del RD 689/2005, en cuanto a la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales. Al margen de la contradicción interna en que incurre la propia norma al establecer la aplicabilidad *“directa”* del reglamento estatal, *“en todo lo no previsto en el presente Decreto”*, debe recordarse que, como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho emanado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU.

Es doctrina del Consejo de Estado que *“la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal”* (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En

consecuencia, considera el Alto Órgano Consultivo que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento. El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, por su parte, también se ha hecho eco de dicha doctrina en diversos pronunciamientos (por todos, Dictamen 106/2007).

En consecuencia, debe suprimirse la disposición adicional que pretende establecer de forma genérica y sin mayores precisiones, que el RD 689/2005, de 10 de junio es de aplicación directa en todo lo no previsto en el futuro Decreto, en cuanto a la actuación de los técnicos habilitados.

CUARTA.- Texto sometido a Dictamen.

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva inominada, 7 artículos, 2 Disposiciones adicionales, una transitoria y dos finales.

QUINTA.- Observaciones de técnica normativa.

1. Indicación de informes y consultas.

La referencia a los informes y consultas evacuados en la elaboración del Proyecto, como la de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el ámbito regional en defecto de norma propia).

2. La cita de las normas.

A la luz del texto propuesto parece oportuno recordar algunas reglas prácticas sobre cita de unas normas en otras.

a) No es necesario indicar que la cita se hace al texto vigente, pues se sobreentiende. En este sentido, puede suprimirse el inciso del artículo 1 “en la redacción dada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre” en referencia a la LPRL.

b) Cuando se cite una norma por primera vez en la parte dispositiva, debe hacerse de forma extensa, con indicación del tipo de norma, número, fecha y nombre completo. En este sentido, se advierte la omisión del último elemento en las citas del RD 689/2005 (art. 1, *in fine*) y de la Orden de 27 de junio de 1997 (art. 3, letra c), respecto de la cual también se omite cualquier referencia al Ministerio de origen (Directrices 73, 76 y 80, de las de técnica normativa).

c) La cita de normas contenidas en un texto refundido ha de venir referida a éste, no a la Ley objeto de refundición. Así, la referencia contenida en la Disposición adicional primera del Proyecto al artículo 68 de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia no es correcta, toda vez que dicha norma fue expresamente derogada por el Decreto Legislativo que aprobó su texto refundido. En definitiva, la forma correcta de efectuar la cita sería la siguiente: “artículo 68.1, c) del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero” (en adelante TRLFP).

3. Epigrafiado de los preceptos.

No debería abandonarse en la parte final de la norma la buena técnica de epigrafiar o intitular cada precepto, anunciando su contenido, lo que deja de hacerse respecto de las disposiciones adicional segunda y transitoria.

SEXTA.- Observaciones particulares al texto del Proyecto

1. A la Parte Expositiva.

La alusión al precepto estatutario que posibilita el dictado de la futura norma, al conferir a la Comunidad Autónoma la competencia para hacerlo, debería preceder a la cita de los preceptos de las leyes regionales 6/2004 y 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que atribuyen la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno y disponen la forma de Decreto para sus actos.

2. Al articulado.

– Artículo 2. Competencia y ejercicio de las funciones.

a) El apartado 1 contiene una norma innecesaria toda vez que opera como mero recordatorio de las competencias que en materia de seguridad y salud laboral corresponden a la Consejería proponente y al Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia, sin establecer innovación alguna en el régimen funcional diseñado por la Ley de creación de este último y el resto de la normativa vigente a que se remite.

b) El artículo 9.2, tercer párrafo, LPRL, dispone que “los funcionarios públicos de las citadas Administraciones que *ejercen labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales a que se refiere el apartado anterior*, podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, con el alcance señalado en el apartado 3...”. Es decir, sólo los funcionarios que ejerzan labores de asesoramiento, información, formación y asistencia técnica en el seno de las Administraciones autonómicas pueden acceder a la habilitación objeto del Proyecto. Por ello, el apartado 2 debería precisar los “*cometidos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales*” a que se refiere, toda vez que el desempeño de tales cometidos constituye un presupuesto previo o condición para poder ser habilitado.

Para cumplir con lo indicado, si bien de forma menos explícita que la sugerida, bastaría con iniciar el apartado con una referencia al artículo 9.2 LPRL, opción normativa ésta que tendría como virtud añadida la de informar acerca del origen estatal de la regla incorporada al Proyecto.

– Artículo 3. Requisitos de acceso a la habilitación.

El artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de Cuerpos y Escalas de la Administración Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 15 de diciembre, ya dispone que los funcionarios del Cuerpo Superior Facultativo y del Cuerpo Técnico pertenecen a los Grupos A y B, respectivamente, lo que hace innecesaria su reiteración en el precepto objeto de consideración.

– Artículo 4. Competencia para la habilitación.

El precepto, en realidad, establece el procedimiento para la habilitación, el cual, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, únicamente puede iniciarse de oficio, mediante la propuesta del Director del Instituto al Consejero de adscripción, quien resuelve de forma discrecional, en función de criterios de experiencia y perfeccionamiento relacionados con las tareas a desarrollar.

La redacción definitiva del precepto es fruto de la negociación sindical, desconociendo el Consejo Jurídico cuál era la propuesta original. Ha de valorarse positivamente que, si bien se configura una potestad discrecional, se establecen criterios de experiencia y perfeccionamiento que actuarán como límite de la referida discrecionalidad, en la medida en que la decisión que se adopte en su ejercicio habrá de venir motivada precisamente en tales criterios, sirviendo así de parámetro para un eventual control posterior, por así exigirlo el artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

No obstante, aunque se limita la discrecionalidad en el momento de la resolución del procedimiento, su inicio queda huérfano de condicionamiento alguno, por lo que, en hipótesis, el Director del Instituto podría no llegar a proponer habilitación alguna. Considera el Consejo Jurídico que, con base en el último párrafo del artículo 9.2 LPRL, sería oportuno establecer una conexión con la programación de la acción inspectora fijada en el ámbito de la Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (regulada en nuestra Comunidad Autónoma por el Acuerdo bilateral suscrito con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de septiembre de 2000, para el desarrollo efectivo de los principios de recíproca colaboración y cooperación para la consecución de los fines públicos asignados a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), toda vez que, fijada dicha programación, podrá conocerse la amplitud de los medios personales necesarios para cumplir los objetivos marcados en relación con las actuaciones comprobatorias, lo que determinaría el número de técnicos a habilitar en cada momento.

– Artículo 5. Duración de la habilitación.

No contiene el expediente, ni se aprecia con facilidad, cuál es la justificación de la duración anual de la habilitación. Sigue en este punto el proyecto a la normativa aragonesa y catalana que establecen dicha vigencia para las habilitaciones conferidas. Frente a ellas, Comunidades Autónomas como Galicia, Asturias o Navarra prevén una duración indefinida, que se mantiene mientras no se proceda a la revocación, por concurrir alguna de las causas que se prevén en los correspondientes Decretos regionales y que son similares a las indicadas en el artículo 6 del Proyecto.

Lo cierto es que el tipo de funciones para las que se habilita, la realidad material sobre las que se ejercerán aquéllas y la creciente sensibilidad social acerca de la prevención de riesgos laborales, permiten aventurar que las razones invocadas para proceder a la habilitación se mantendrán en el tiempo mucho más allá de ese plazo anual, siendo incluso previsible que ganen en intensidad con el paso del tiempo. Por ello, dejar sin efecto la habilitación por el mero transcurso del plazo anual obliga a la Administración a repetir año tras año un procedimiento que resultaría innecesario de configurar la habilitación como indefinida, lo que dotaría asimismo de una mayor expectativa de permanencia en la función a los empleados públicos habilitados, sin que la Administración llegara a perder el control acerca de la habilitación, atendidas las causas de revocación previstas en el artículo 6 del Proyecto.

– Artículo 6. Terminación o revocación de la habilitación.

a) De conformidad con el artículo 60.4 RIT, debe incluirse una nueva causa de revocación de la habilitación, como es la del incumplimiento por los técnicos habilitados de los deberes que les incumben en virtud de lo establecido en el artículo 63 RIT. En efecto, así lo prevé el primero de los preceptos citados, según el cual la habilitación “quedará sin efecto cuando lo determine la autoridad que la confirió y, *en todo caso*, cuando...se incumplan los

deberes previstos en el artículo 63”. Comoquiera que dicha causa de revocación no parece tener fácil acomodo en ninguna de las previstas en el Proyecto, procede su incorporación.

b) En el apartado 3, al regular el procedimiento de revocación, debería establecerse que su objeto es la revocación por las causas contempladas en el apartado 2, no la automática por el transcurso del plazo de vigencia de la habilitación, cuya cesación de efectos se produce *ope legis* sin necesidad de un acto expreso de revocación.

c) Atendidas las causas de revocación previstas en el apartado 2, singularmente las consignadas con las letras a), b) y c), atinentes tanto a la pérdida de capacidad o idoneidad del funcionario para ser habilitado como al incumplimiento de sus deberes en el desempeño de la función, habría de preverse un trámite de audiencia previo a la resolución revocatoria de la habilitación.

d) El segundo párrafo del apartado 3 prevé la posibilidad de suspender provisionalmente la habilitación, mientras se tramita la revocación. Atendido su carácter de medida provisional, debería ajustarse a las normas de competencia fijadas para tales actuaciones por el artículo 72 LPAC, en cuya virtud las medidas provisionales podrán ser adoptadas por el órgano competente para resolver. En el supuesto sometido a consulta, tal órgano no sería el Director del Instituto, al que le corresponde efectuar la propuesta, sino el Consejero de adscripción, que es quien revoca la habilitación de conformidad con el primer párrafo del apartado 3.

– Artículo 7. Acreditación.

El documento acreditativo de la habilitación debe incorporar, de conformidad con el artículo 60.2 RIT, la denominación “técnico habilitado (artículo 9.2 y 3 y disposición adicional decimoquinta de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre)”. Este contenido mínimo y obligatorio, sin embargo, no se recoge entre los contemplados en el artículo 7 del Proyecto.

3. A la parte final.

– Disposición adicional primera. Complemento de productividad.

Prevé esta disposición la aplicación de un complemento de productividad al personal técnico habilitado “*mientras no se produzca la terminación, suspensión o revocación*” de la habilitación. De los términos en que se expresa el precepto podría interpretarse que el complemento de productividad vendría ligado al hecho mismo de la habilitación y mientras ésta mantuviera sus efectos, cuando lo cierto es que el plus retributivo que supone sólo estaría justificado cuando se ejercieran de forma efectiva las funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo.

Así se deriva de su configuración legal y reglamentaria, toda vez que el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo (art. 68.1, letra c) TRLFP), siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo (art. 1.1 del Decreto 79/1990, de 5 de octubre, por el que se regula la aplicación del complemento de productividad a los funcionarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Sólo cuando ya se han realizado de manera efectiva las labores que justifican su previsión, pueden acreditarse las circunstancias que determinan su percepción, tales como el rendimiento superior al normal en las actividades propias del puesto de trabajo, el grado de cumplimiento de los objetivos específicos, la acumulación de tareas, la adaptación del personal a nuevos procesos que

impliquen secuencias informatizadas, y la iniciativa personal y el interés demostrado en la consecución de los fines de la actividad administrativa y en la prestación del servicio directo al ciudadano.

La jurisprudencia, por su parte, reafirma el carácter eminentemente subjetivo de este complemento retributivo, íntimamente ligado al rendimiento personal del funcionario, a su actividad extraordinaria y al interés mostrado en el desempeño del trabajo, que constituyen contingentes valorables sólo cuando ya se ha efectuado la labor (SSTSJ Canarias, de 5 de enero de 1997, y de Cantabria, de 9 de junio de 1998).

En esa misma línea se sitúa el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, al establecer un complemento retributivo que, cuando entren en vigor sus previsiones, habrá de sustituir al actual complemento de productividad, y que viene a retribuir el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos (art. 24, letra c). Para poder aplicarlo, exige la previa aprobación de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de los empleados públicos (art. 20.5), es decir, procedimientos que permitan medir y valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados (art. 20.1). Se eleva así a rango legal una exigencia que ya anteriormente había tenido reflejo en los acuerdos y pactos fruto de la negociación colectiva de los funcionarios públicos (Acuerdo Marco Administración-Organizaciones Sindicales para la modernización y mejora de la Administración Pública Regional para el período 2005-2007).

Si bien tales previsiones básicas aún no han entrado en vigor de conformidad con la Disposición final cuarta del referido Estatuto, sí sirven como criterio interpretativo de la naturaleza estrictamente personal y subjetiva del complemento de productividad, cuya finalidad es retribuir las condiciones de interés, esfuerzo y logro de objetivos o resultados, con que el funcionario desarrolla su labor. Circunstancias éstas que sólo cuando se realizan efectivamente las labores que constituyen su prestación de servicios pueden considerarse acreditadas y justificar, por tanto, la percepción de la retribución.

Debe, en consecuencia, modificarse la condición o presupuesto determinante de la percepción del complemento de productividad, que no sería la mera vigencia de la habilitación, sino el efectivo desempeño de las funciones habilitadas.

– Disposición transitoria.

Existe una redundancia al referirse, por dos veces, al contenido del curso de formación, que debería corregirse.

– Disposición final primera. Ejecución.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, que atribuye al Consejero la facultad de adoptar las medidas necesarias para la aplicación y ejecución del Decreto, cabría entender incluida en dicha facultad, desde una habilitación reglamentaria omnímoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos y singulares tendentes a la aplicación del Decreto.

La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley

6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento.

Del mismo modo, el Consejero cuenta con un poder de dirección, gestión e inspección del Departamento del que es titular (artículo 16.2 de la Ley 7/2004, cuyo ejercicio ampara todas esas otras actuaciones de carácter no normativo a que podría referirse la Disposición comentada.

En consecuencia, sea por la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar una habilitación de potestad reglamentaria general, sea porque insiste en atribuir al Consejero potestades que ya posee por mandato de la Ley, la previsión contenida en la Disposición Final primera del Proyecto debería suprimirse.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Comunidad Autónoma goza de competencia material para aprobar el futuro Decreto, de conformidad con lo señalado en la Consideración Tercera, con las observaciones efectuadas acerca del artículo 3, letra c) y Disposición adicional segunda del Proyecto, que tienen carácter esencial.

SEGUNDA.- Revisten, asimismo, carácter esencial las observaciones formuladas en la Consideración Quinta, relativas a los siguientes preceptos:

– Artículo 6, en lo tocante a la incorporación de la causa de revocación consistente en la vulneración de los deberes que incumben a los técnicos habilitados de conformidad con el artículo 63 RIT.

– Artículo 7, en cuanto a la incorporación al documento acreditativo de la habilitación del contenido mínimo establecido por el artículo 60.2 RIT.

TERCERA.- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 169/07.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil C. H. C., S.A., por la redacción del proyecto de obras y construcción del complejo deportivo de la Alberca (Murcia).

Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Murcia

Fecha: 10/12/07

Extracto de Doctrina

Debe recordarse lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen 2230/2004, de 14 de octubre de 2004, de que De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”. Y en otro de los Dictámenes allí citados, el nº 55.564, de 31 de enero de 1991, precisó que “el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo -es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales- y será, por tanto, la que rija el régimen sustantivo de la resolución”.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En virtud de acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia de fecha 20 de diciembre de 2005, se adjudicó a la empresa “C. H. y C., S.A.” (CHC), previa tramitación del oportuno expediente de concurso por procedimiento abierto, la “Concesión de Obra Pública para la Redacción de Proyecto de Obras y Construcción del Complejo Deportivo en La Alberca y posterior Gestión del Servicio”. El contrato se formalizó en escritura pública de 9 de marzo de 2006, previa constitución por el adjudicatario de las garantías definitivas establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por el que se rige la contratación.

Según lo establecido en la cláusula 3 del citado Pliego de Condiciones y de la escritura formalizada, el plazo de duración de la explotación de la obra es de cuarenta años a contar desde el acta de conformidad de las obras de construcción del complejo deportivo, también objeto de adjudicación al contratista, y la consiguiente puesta en servicio de la misma. El plazo de ejecución de las citadas obras se fijó en once meses desde la formalización del acta de comprobación del replanteo.

SEGUNDO.- En virtud de acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de mayo de 2006, previo informe del Arquitecto Municipal y de la Unidad de Supervisión de Proyectos Municipales, se aprobó el proyecto presentado por la empresa para la ejecución de las obras que se integran en la concesión de obra pública. Con fecha 10 de octubre de 2006

se presentó por dicha empresa un escrito solicitando la aprobación de una nueva ubicación del edificio dentro de la parcela, por los motivos que argumentaban en el mismo, a fin de no afectar a parte de las infraestructuras existentes. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de noviembre de 2006, previos informes de los servicios correspondientes y de la Comisión Técnica y Mesa de Contratación, se acordó aprobar la solicitud efectuada en los términos expuestos.

TERCERO.- Mediante oficio de 4 de septiembre de 2007, el Teniente Alcalde de Presidencia requiere a la contratista para que, a la vista de las informaciones aparecidas en la prensa sobre la difícil situación económica de la empresa, emita informe al respecto (Consta la notificación a la empresa de dicho oficio con fecha 26 de septiembre siguiente, junto con el reseñado en el Antecedente Quinto).

CUARTO.- En escrito presentado el 10 de septiembre de 2007, la mercantil “E. y H. P. S., S.L.”, subcontratista de CHC en la obra de referencia, solicita al Ayuntamiento que, ante el impago de CHC de diversas cantidades, retenga el abono a la contratista de cualquier cantidad que hubiera de satisfacerle en virtud de la ejecución de la citada obra.

QUINTO.- Por oficio de 25 de septiembre de 2007, el Director de la Oficina de Gobierno Municipal comunica a la contratista que *“ante las informaciones y noticias publicadas en los distintos medios de comunicación social en relación con la existencia de un procedimiento concursal en el Juzgado con respecto a esa empresa y ante la concurrencia, en ese caso, de una causa de incapacidad sobrevenida, siendo causa de resolución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 112.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 111 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, se le da traslado del presente y se le requiere a fin de que se personen en esta Administración Municipal, pudiendo igualmente formular las alegaciones que estimen pertinentes en relación a las informaciones publicadas, asuntos y escritos de reclamación presentados en esta Administración en relación con el contrato objeto de este oficio”*. A tal efecto, se concede un plazo de diez días naturales desde la notificación del oficio, que tuvo lugar el siguiente día 26.

SEXTO.- Mediante sendos oficios de la misma fecha, 25 de septiembre de 2007, el Ayuntamiento otorga el mismo plazo de audiencia y vista del expediente a las dos entidades prestadoras de las garantías definitivas constituidas por la contratista en cumplimiento del PCAP, el B. V. y el B. P., S.A.

SÉPTIMO.- Habiéndose solicitado a la Oficina Técnica de Arquitectura, el 13 del citado mes, un informe sobre el estado de ejecución de las obras, fue emitido el 1 de octubre de 2007, en el que se expresa lo siguiente:

“Visitadas las obras los días 27 y 28 de septiembre, se informa:

- *Las obras se encuentran en la actualidad paralizadas totalmente. No se encontraron herramientas ni materiales en el recinto, y dado el aspecto de lo ejecutado se supone que la falta de actividad es superior a un mes.*
- *Hasta la fecha se ha ejecutado:*
 - 80% DEMOLICIONES.
 - 95% MOVIMIENTO DE TIERRAS.
 - 99% CIMENTACIONES.
 - 80% ESTRUCTURA.

- *La valoración estimada de las obras ejecutadas según presupuesto de proyecto asciende a la cantidad de 777.059 euros de ejecución material (1.081.166,12 con gastos generales, beneficio industrial e IVA incluidos), que supone el 27,68% del importe total de las obras”.*

OCTAVO.- Mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2007, la contratista comunica al Ayuntamiento que se halla declarada en concurso ordinario de acreedores en el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, en los autos nº X; en relación con la posible resolución del contrato, alega lo siguiente:

“Dispone la Ley 22/2003 Concursal, que declarado el concurso, la propia declaración no podrá ser causa de resolución de contrato alguno, y para el caso de iniciar procedimiento para resolución del contrato, se deberá promover el correspondiente incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil a los efectos de lo que la propia administración concursal informe sobre la procedencia o improcedencia de dicha resolución y las consecuencias económicas que de ello se derive.

Por todo lo anterior les comunicamos la oposición a la pretendida resolución del contrato según comunicación recibida el pasado día 2 de octubre de 2007, instándoles a ejercitar cuantas acciones legalmente correspondan de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, bajo pena de nulidad de las actuaciones que de otro modo puedan iniciarse”.

Añade el escrito que en breve plazo un representante de la empresa se pondría en contacto con el Ayuntamiento para lograr una solución satisfactoria al problema planteado.

En otro escrito, presentado en la misma fecha, la contratista solicita el abono de las cantidades que el Ayuntamiento le adeuda por la referida obra, por ser imprescindible para poder continuar las obras y la viabilidad de la empresa.

A lo anterior adjunta copia del Auto de 13 de septiembre de 2007, del citado Juzgado de lo Mercantil, recaído en los autos de concurso ordinario nº X, en el que se declara en concurso, con carácter voluntario, a CHC, que conserva sus facultades patrimoniales, de administración y disposición, que serán intervenidas por los administradores concursales, a los que se nombra en dicho Auto.

NOVENO.- Solicitado a la Oficina Técnica de Arquitectura municipal un informe pormenorizado sobre la parte de obra ejecutada, con referencia a las diversas partidas del proyecto, con sus importes y desglose económico correspondiente, aquélla contesta el 23 de octubre siguiendo expresando que no puede atender dicha petición, pues muchas de las partidas ejecutadas han quedado ocultas y se desconoce sus características y dimensiones, siendo por ello tal informe competencia de la dirección facultativa de las obras, que es la que ha llevado el control de su ejecución. Además, en otro informe de la misma fecha, dicha Oficina comunica que la situación y estado actual de las obras es el indicado en su previo informe de 1 de octubre y que, dado que la estructura está pendiente de terminar y que existen partes apuntaladas y en estado de provisional estabilidad, es necesario que se continúen las obras en el menor plazo posible, para prevenir accidentes.

DÉCIMO.- El 24 de octubre de 2007, el Jefe de Servicio de Contratación, Suministros y Patrimonio formula propuesta de resolución para que se declare resuelto el contrato de referencia, por concurrir la causa de resolución de declaración de concurso de acreedores del contratista, invocando, entre otros, los artículos 112, 113 y 264 y siguientes del Real

Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), con incautación de las garantías prestadas, entre otras determinaciones.

UNDÉCIMO.- A través de oficio registrado en este Consejo Jurídico el 5 de noviembre de 2007, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DUODÉCIMO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 14 de noviembre de 2007, el citado Alcalde-Presidente remite las alegaciones presentadas el 31 de octubre y el 5 de noviembre de 2007 por el B. V. y el B. P., respectivamente.

El primero de dichos interesados alega que *“de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 y 61 de la vigente Ley Concursal, “La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos... (y) se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso por cualquiera de las partes”, lo que les comunicamos para su conocimiento y efectos oportunos”*,

Por su parte, la segunda entidad avalista expresa, en síntesis, lo siguiente:

“Que la declaración de concurso, con independencia de que faculta al Ayuntamiento a la resolución del concurso de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 111 y 112 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no significa necesariamente la imposibilidad o incapacidad de dicha empresa para cumplir con las obligaciones asumidas en dicho contrato. Tanto el personal de la empresa como su dirección y los administradores concursales están trabajando con firmeza y determinación para garantizar la continuidad de la empresa y el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el desarrollo de su actividad, entre los que se encuentra el contrato de referencia.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el procedimiento concursal se encuentra en su fase inicial y que el espíritu de la Ley Concursal es salvaguardar en la medida de lo posible la continuación de la actividad empresarial, objetivo que resultaría de difícil consecución si se produce la resolución de los contratos celebrados por el deudor.

Es evidente que la resolución del contrato sería muy perjudicial para la continuidad de la empresa, por lo que entendemos que tan trascendente decisión sólo deberá adoptarse en caso de que resulte patente la imposibilidad o incapacidad de la misma para su ejecución, circunstancia que no concurre actualmente”.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada por el Ayuntamiento de Murcia para declarar resuelto un contrato administrativo de concesión de obra pública, habiéndose formulado oposición por parte del contratista a tal pretensión municipal, concurriendo con tal circunstancia el supuesto previsto en el artículo 249.1, d) y 2 TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

A la vista del expediente remitido, se considera que se ha seguido lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del TRLCAP, que establece el procedimiento a seguir en materia de resolución de contratos administrativos.

Debe apuntarse, asimismo, que no procede seguir las especialidades procedimentales establecidas en el artículo 258.1 TRLCAP para la resolución de esta específica clase de contratos, cuando conste la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad de titulares de derechos o cargas sobre la concesión, pues no aparece en el expediente que existan titulares de derechos o cargas inscritos o anotados en el Registro, y sí consta que la concesión fue objeto de hipoteca a favor del B. P., previa la preceptiva autorización del Ayuntamiento de Murcia (art. 255 TRLCAP), el cual, en Acuerdo de su Junta de Gobierno de 27 de diciembre de 2006, y junto con la expresada autorización, estableció que, a efectos de su constancia en el expediente, por la contratista se acreditará la constitución de la hipoteca autorizada sobre la concesión administrativa mediante entrega en el Servicio Municipal de Contratación, Suministros y Patrimonio de una nota simple registral en la que conste la inscripción de la concesión de obra pública y de la hipoteca autorizada (f. 447 a 449 exp.). Examinado el expediente, consta la escritura de constitución de la hipoteca (en la que se hace constar que la inscripción del título concesional está pendiente), pero no la inscripción registral de la concesión ni de la citada hipoteca. Por su parte, el acreedor hipotecario, el B. P., que ha comparecido en el procedimiento como entidad avalista del concesionario que también es (vid. Antecedente Duodécimo), tampoco ha acreditado la inscripción registral de su derecho hipotecario (f. 687 y sgtes. exp.).

TERCERA.- Posible concurrencia de causas de resolución del contrato. El abandono de las obras por plazo superior a treinta días y la declaración de concurso de acreedores del contratista.

I. Conforme se desprende de la propuesta de resolución objeto de Dictamen, el Ayuntamiento pretende la resolución del contrato de concesión de obra pública (construcción de la obra de referencia y explotación de la misma por el concesionario por un plazo de 40 años) amparado en la circunstancia de que el contratista ha sido declarado en concurso de acreedores, fundándose la propuesta de resolución en los artículos 20, b), 112, 113 y 264 y siguientes TRLCAP.

En primer lugar, y como cuestión esencial, debe comenzarse por señalar que, efectivamente, es de aplicación al contrato de referencia el TRLCAP, dada la fecha de adjudicación del contrato (vid. a estos efectos la Disposición Transitoria Primera, 2 de la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

Frente a tal consideración, las alegaciones del contratista y del B. V. vienen a considerar que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) es excluyente de la virtualidad de la normativa de contratación administrativa. Sin embargo, ello no pueden compartirse, pues el artículo 67.1 LC establece claramente que *“los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”*, es decir, el TRLCAP y su Reglamento. Precepto que explica que la Disposición Final 13ª LC modifique tal legislación de contratos para que acoja la nueva configuración concursal, pero respetando las potestades administrativas y, en general, el régimen jurídico establecido en dicha legislación.

Por su parte, el B. P. considera de aplicación lo establecido en los artículos 111 y 112 del citado TRLCAP, en los que la resolución del contrato, dice, no se configura como necesaria; además, estima que el espíritu de la LC es la continuación de la actividad empresarial, lo que resultaría difícil si se acuerda la resolución de los contratos del deudor, además de que la contratista y sus administradores concursales están trabajando para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la empresa.

II. El examen del expediente administrativo revela, como se desprende también de los Antecedentes reseñados, que podrían concurrir en el contrato de referencia dos causas de resolución del mismo, con un alcance diferente, en principio, en lo que atañe a las consecuencias de la extinción contractual (incautación y pérdida de las garantías prestadas y comunicación de la resolución contractual a las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa a los efectos previstos en los artículos 20, c) y 21.4 TRLCAP, sobre prohibición de contratar con la Administración). Debe recordarse aquí que la declaración de suspensión de pagos o quiebra -hoy el concurso de acreedores- no determina la pérdida de la fianza si aquéllas no han sido calificadas como culpables o fraudulentas (Dictámenes del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 1992 y 23 de junio de 1994, entre otros). De existir concurrencia de causas de resolución, según se expondrá seguidamente, obligaría a aplicar, en principio, la que primero se produzca en el tiempo, aunque lo relevante es que la satisfacción del interés público quede suficientemente salvaguardada.

En este sentido, debe recordarse lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen 2230/2004, de 14 de octubre de 2004, de que *“de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”. Y en otro de los Dictámenes allí citados, el nº 55.564, de 31 de enero de 1991, precisó que “el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo -es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales- y será, por tanto, la que rijan el régimen sustantivo de la resolución”.*

Así, el informe municipal reseñado en el Antecedente Séptimo expone que *“las obras se encuentran en la actualidad paralizadas totalmente. No se encontraron herramientas ni materiales en el recinto, y dado el aspecto de lo ejecutado se supone que la falta de actividad es superior a un mes”.* Tal circunstancia aconseja considerar, conforme con lo antes expuesto, que en tal fecha pudiera haberse perfeccionado la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 264, k) TRLCAP en relación con la Cláusula 19.1, b) del PCAP. El citado precepto establece que es causa de resolución del contrato de concesión de obra pública cualquiera de las causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato. Y la citada Cláusula 19.1, b) del contrato establece que será causa de extinción del contrato *“el abandono de las obras durante la construcción, entendiéndose por tal la suspensión de los trabajos, sin causa justificada, por plazo superior a treinta (30) días”.* A estos

efectos, conviene traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en su Dictamen n° 44.834, de 9 de diciembre de 1982, en el sentido de que *“no puede ser admitida la causa resolutoria de la suspensión de pagos para encubrir o disculpar un incumplimiento de las cláusulas contractuales en cuanto al plazo, producido con anterioridad al momento en que dicha causa ha sido alegada y conocida oficialmente por la Administración, puesto que, si existe “culpa del contratista”, esta causa es de aplicación necesaria en buena defensa de los intereses generales implícitos en todo contrato administrativo”*.

III. Por su parte, y como asimismo tiene reiterado el Consejo de Estado, la causa de resolución contractual fundada en una situación concursal del contratista sólo existe desde el momento en que el órgano judicial emite el correspondiente Auto declaratorio de dicho estado concursal (Dictamen n° 1656/1992, de 27 de enero de 1993, entre otros), fundado ello, entre otras razones, en que si se anticiparan sobre tal momento los efectos resolutorios de la situación concursal, ésta podría instrumentarse abusivamente para desligarse de relaciones contractuales cuando se ha perdido interés en ellas o simplemente han devenido de cumplimiento difícil (Dictamen de 29 de marzo de 1984). Ello lleva a tener que considerar que esta segunda causa de resolución contractual se perfeccionó el 13 de septiembre de 2007, fecha del Auto judicial de declaración de concurso ordinario de acreedores; esto es, en fecha posterior a la de la primera causa de resolución comentada. Tal posterioridad de la causa de resolución contractual por concurso del contratista se daría también si, en mera hipótesis, se retrotrajeran tales efectos a la fecha de presentación en el Juzgado de la solicitud del contratista de declaración de concurso de acreedores (el 4 de septiembre de 2007, según se señala en el citado Auto).

Consecuencia de todo ello es que, en principio y sin perjuicio de lo antes dicho, se da la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 111,b) en relación con el 112.7 TRLCAP.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del expediente remitido se advierte la existencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 111.b) TRLCAP.

SEGUNDA.- Del expediente remitido también se desprenden posibles indicios de la causa de resolución prevista en los artículos 111.h) y 264.k) TRLCAP, así como en la Cláusula 19.1, b) del PCAP, que podría ser considerada por el órgano de contratación, por lo expuesto en la Consideración Tercera, II, procediendo entonces la remisión del expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre la nueva propuesta de resolución del procedimiento que habría de formularse por el órgano municipal competente.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 170/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. T. C. G., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 10/12/07

Extracto de Doctrina

El hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que, en cualquier caso, deba responder de todos los daños que se produzcan en los centros sanitarios públicos, sino únicamente de aquellos que se hayan producido a consecuencia de una vulneración de la lex artis. Otra interpretación supondría desnaturalizar el instituto de la responsabilidad patrimonial, concibiéndola como un seguro a todo riesgo, lo que resulta más desaconsejable, si cabe, en un sector de la acción administrativa como el sanitario, ya que la medicina no es una ciencia exacta que asegure un resultado concreto, sino que únicamente puede exigirse la prestación de una adecuada asistencia sanitaria, de acuerdo con el nivel científico y técnico existente en ese momento.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2003, D. I. M. G., abogado de la Asociación para la defensa del paciente, presenta, en nombre y representación de D. M. T. C. G., reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños que aduce sufridos por la asistencia sanitaria recibida por parte de los servicios sanitarios de la Administración Regional.

Según la reclamante, ha venido recibiendo asistencia sanitaria desde hace siete u ocho años tanto en el Centro de Salud Virgen de la Caridad de Cartagena, como en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia, por molestias, crujidos y dolores en la mandíbula. Pese a los síntomas que presentaba –añade– los facultativos intervinientes no le prescribieron las pruebas necesarias para tratar correctamente su dolencia, por lo que tuvo que acudir a la C. T. de Barcelona donde, tras realizarle diversas pruebas, le diagnostican una luxación completa de mandíbula no reducible.

Acompaña informe médico de la C. T. C., S.L., fechado el día 9 de septiembre de 2003, en el que se indica que al día de la fecha la paciente presenta una “luxación discal no reductible de la articulación temporo maxilar derecha y luxación discal reducible de la articulación temporo maxilar izquierda”. Se describe la situación de la reclamante en los siguientes términos: apertura bucal máxima de 20 milímetros; crujidos a nivel articular; desviaciones laterales de unos 5 milímetros en cada lado; dolores permanentes a nivel de musculatura; debe de nutrirse con alimentos blandos y utilizando cuchara pequeña; tiene que llevar una férula de descarga de manera constante y sobre todo por la noche. Finaliza el facultativo informante señalando que el estado final del proceso es una artrosis de las articulaciones afectadas, con casi nulas soluciones quirúrgicas con éxito.

Por las secuelas indicadas, días de baja –cuya concreción pospone al momento de conocer la historia clínica–, daños morales, y gastos en medicina privada, solicita una cantidad global de 120.000 euros.

Finaliza proponiendo los siguientes medios de prueba: Documental aportada, más la historia clínica obrante en el Centro de Salud Virgen de la Caridad de Cartagena, informes requeridos a los profesionales intervinientes y pericial del Inspector médico y de un perito que se reserva señalar para más tarde.

El escrito de reclamación viene firmado tanto por la interesada como por el letrado que designa para su representación.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor mediante Resolución del Director Gerente del SMS, aquél solicita del Centro de Salud Virgen de la Caridad, de Cartagena y del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia, copia compulsada de la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron a la paciente; al mismo tiempo comunica a esta última la recepción de su reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para la resolución y el efecto del silencio administrativo, trasladando también la reclamación a la Compañía aseguradora.

TERCERO.- La Gerencia de Atención Primaria de Cartagena envía la historia clínica relativa a la paciente Sra. C. G., así como informes de los siguientes facultativos:

– De D. M. Á. V. P., *estomatólogo de zona, en el que indica que:*

“M. T. C. G., fue atendida en mi consulta del Centro de Salud Virgen de la Caridad, el día 4 de febrero de 2003 remitida por su médico de familia, la Dra. B. M., que el día 3 de febrero le refirió su proceso de ATM.

En la consulta me explicó dicho problema que padecía desde hacía tiempo. El mismo día le prescribió un Ortopantomografía para ver el estado de los condilos por si había alguna causa orgánica y no sólo de la disfunción masticadora. Se le prescribió un Antiinflamatorio y se quedó en ver el resultado de dicha Radiografía.

El día 7 de febrero de 2003 estaba citada en consulta pero no acudió a la cita.

El día 19 tuvo otra cita y como no estaba la ortopantomografía se decidió esperar a ver el resultado de ella y se le explicó que primero sería el tratamiento conservador con férula de descarga y rehabilitación oral y si no habría que remitirla a Cirugía Máxilo-Facial en la Arrixaca, pero siempre después de ver la Radiografía, es la última vez que la atendí”.

– De D. J. Á. B. T., *estomatólogo de zona, en el que afirma que exploró a la reclamante el día 22 de mayo de 2003, emitiendo informe dirigido a la Unidad de Cirugía Maxilofacial del Sistema Murciano de Salud, con el siguiente contenido:*

“Paciente que desde hace varios años presenta episodios de luxación completa de mandíbula, que consigue reponerla en su sitio con diversos movimientos y una limitación severa en el movimiento de apertura de la boca por contractura de los Pterigoideos, lo que le dificulta el acto de comer por no entrar la cuchara en la boca”.

Añade el Dr. V. que ignora si la paciente acudió o no a la Consulta de Maxilofacial.

CUARTO.- El Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca remite, tras serle reiterada la petición varias veces, la historia clínica de la reclamante e informe del Dr. V., Jefe de Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial, en el que el citado facultativo señala lo siguiente:

“Vi a dicha paciente el día 10-07-03 manifestándome ella que se le estaba confeccionando una férula de descarga. Dada su situación clínica, que no se apreció grave, se

le prescribe tratamiento físico y médico, consistente en calor; un relajante muscular y un antiinflamatorio; bloque terapéutico que se considera como más apropiado en estos casos y durante un período determinado, 15 días en esta ocasión. La paciente es citada para control y seguir evolución del proceso en 2 semanas, no habiéndose presentado entonces e ignorando a partir de esa fecha lo que pueda haber ocurrido”.

QUINTO.- Mediante escrito fechado el 1 de junio de 2004 la instructora notifica al representante de la reclamante la admisión de la prueba propuesta y la apertura del plazo para su práctica.

El día 5 de octubre de 2004 se presenta en el SMS escrito por el que se solicita la apertura de un período extraordinario de prueba con el objeto de que se incorpore al expediente la radiografía que, según la Dra. B. M., se practicó a la reclamante el día 24 de julio de 1996, al considerar que la misma constituye una prueba clave a la hora de esclarecer si ya en el momento de efectuarse resultaba evidente que la paciente debía de ser atendida de sus problemas de mandíbula o no.

La radiografía en cuestión fue recabada, remitida e incorporada al expediente.

SEXTO.- El 14 de enero de 2005 emite informe el Inspector Médico quien, tras resumir la reclamación, las actuaciones practicadas, los informes de los médicos intervinientes y la historia clínica de la paciente, concluye lo siguiente:

“1. Sólo hay constancia de que Doña M. T. C. G. fue atendida en una ocasión en el año 1996, por presentar patología en la articulación temporo mandibular, con anterioridad al 03/02/03. No queda probado que estuviese siendo tratada durante 7 u 8 años por su patología, como afirma en la reclamación.

2. Tras ser vista en la consulta de cirugía maxilo-facial el día 10/07/03 y prescribirle tratamiento conservador (físico y médico), la paciente decide acudir a la C. T. el día 14/07/03 y abandona la asistencia que se le ofrecía en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA).

3. En el C. M. T. prescriben tratamiento conservador, al igual que se le había prescrito en el HUVA, y no se menciona que hayan existido errores de diagnóstico previo ni de tratamiento. Se afirma que no precisa tratamiento quirúrgico, lo que es distinto de que no se pudiera realizar en un futuro.

4. No se aprecia que haya existido error de diagnóstico, y por la actitud de la paciente no acudiendo a las citas del odontólogo de zona y de cirujano máxilo facial, tampoco falta de tratamiento. Los tratamientos prescritos: antiinflamatorios; calor local; férula de descarga ..., eran los correctos para el estadio en el que se encontraba la paciente por su SDTM”.

SÉPTIMO.- Notificada a las partes la apertura del trámite de audiencia, la reclamante presenta escrito en el que pone de manifiesto que ni por el Jefe del Servicio de Maxilofacial de la Arrixaca, ni por la Inspección Médica, ha sido tenida en cuenta, en su informes, la radiografía que se le efectuó en el año 1996 y que, a su instancia, fue incorporada al expediente. Solicita que, con suspensión del plazo para formular alegaciones, se proceda a dar traslado de la citada radiografía a las unidades médicas antes indicadas con el fin de que se pronuncien sobre *“si en el momento de hacerse la radiografía debía haberse puesto a la paciente en tratamiento para evitar su estado actual”.* Asimismo solicita una copia de la radiografía para que sea examinada por su perito.

OCTAVO.- Traslada la radiografía a la Inspección Médica para que se emitiera informe complementario, el día 22 de abril de 2005 el Inspector actuante envía comunicación en el siguiente sentido:

“Dicha radiografía comprende una proyección antero-posterior y lateral de hemicráneo, desde el arco zigomático hasta la mandíbula. No se aprecia con nitidez la articulación temporo-mandibular, en la proyección lateral por no llegar hasta el final de la rama, y en la antero-posterior por superposición de estructuras.

A la vista de dicha radiografía, no estimo necesario cambiar el informe realizado”.

NOVENO.- Mediante escrito fechado el día 26 de septiembre de 2005 el representante de la reclamante reitera su petición de traslado de la radiografía al Jefe de Servicio de Maxilofacial del Hospital Universitario Virgen de Arrixaca, al tiempo que solicita se le facilite la oportunidad de obtener una copia de la citada radiografía.

A tal requerimiento da contestación la instructora mediante escrito del siguiente tenor:

1º. Que se estima innecesaria la remisión de la radiografía al Servicio Maxilofacial del citado Hospital, porque la valoración efectuada por la Inspección Médica se considera suficiente.

2º. Que la radiografía puede ser retirada por la reclamante, bajo su responsabilidad, a fin de que realice la copia interesada.

DÉCIMO.- La Compañía de Seguros, por su parte, envía a la instructora del procedimiento informe del Dr. D. J. S. P., especialista en cirugía maxilofacial del Hospital Universitario de “La Princesa”, de Madrid, en el que, tras resumir los hechos, efectúa las siguientes consideraciones médicas:

“1. La paciente fue tratada en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia por personal cualificado.

2. No existe constancia de patología articular hasta el año 2003, si bien parece que existe un episodio años antes, del que no existe documentación.

3. En el manejo del Síndrome de Dolor Disfunción de la ATM, como de cualquier otra patología, existen variaciones según los diferentes autores y corrientes científicas. En general se acepta un primer escalón de tratamiento en el que las medidas conservadoras (fisioterapia, reeducación, antiinflamatorios, analgésicos, relajantes musculares, utilización de férulas oclusales, etc.) tienen resultados aceptables en un alto porcentaje de pacientes. En un segundo escalón se encontrarían todas aquellas medidas quirúrgicas (artroscopia, cirugía abierta y recambio articular) reservadas para aquellos pacientes en los que las medidas más conservadoras han fracasado. Ya se utilicen éstas en solitario o en conjunto con medidas de carácter más agresivo. Ningún tratamiento médico o quirúrgico tiene un éxito del 100%.

4. Tras el fracaso de técnicas conservadoras de primer escalón, así como medidas de segundo escalón que podríamos definir como de baja agresividad, se utilizan técnicas como la artroscopia operativa y la cirugía abierta con plicatura del menisco (meniscopexia), cirugía abierta con utilización de colgajos a distancia, o recambio articular parcial o total. Corresponde al especialista la decisión de utilizar una de estas técnicas, dependiendo del grado de disfunción que presenta el paciente, experiencia del centro en el tratamiento de

la patología, experiencia del especialista en el tratamiento de la patología y disponibilidad de los medios técnicos.

5. No existe constancia en los informes del Dr. G. E. o del Dr.V. de una Osteoartritis de Articulación Temporomandibular en el momento de la valoración, y en ambos casos se remite a la paciente para tratamiento no quirúrgico. En ningún momento se señala la imposibilidad de realizar otros tipos de tratamiento en un futuro, y dependiendo de la evolución del cuadro.

6. Únicamente existe un informe no identificado que señala la imposibilidad de realizar otro tipo de tratamientos que el conservador. Así mismo, se señala que existen casi nulas posibilidades de éxito con tratamiento conservador y su inexorable evolución a osteoartritis.

7. En la evolución del Síndrome de Disfunción de la articulación Temporomandibular, como en cualquier cuadro que afecte a una articulación, el estadio final es la osteoartritis. Este proceso es irreversible y se caracteriza por una serie de cambios a nivel radiológico. No todos los dolores articulares con limitación funcional de los mismos son osteoartritis, ni todos los pacientes que padecen disfunción de la articulación Temporomandibular evolucionan a osteoartritis”.

Concluye afirmando la inexistencia de mala praxis.

UNDÉCIMO.- El 30 de mayo de 2006 se procede a notificar a las partes la apertura de un nuevo trámite de audiencia. La interesada comparece mediante escrito que tiene entrada en el Registro General del SMS el día 22 de junio de 2006, en el que, tras ratificarse de nuevo en sus pretensiones, indica, en síntesis, lo siguiente:

1º. Que ya en el año 1996 presentaba sintomatología suficiente para que le realizaran una radiografía que fue mal diagnosticada.

2º. Que la dolencia que sufría evolucionó sin ser suficientemente tratada hasta que causó el daño por el que se solicita indemnización.

DUODÉCIMO.- El órgano instructor del Servicio Murciano de Salud propone desestimar la reclamación, en fecha 28 de enero de 2007, al no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

DECIMOTERCERO.- El 19 de febrero de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico un escrito del Secretario General de la Consejería de Sanidad en el que, por delegación de la Consejera, solicita se emita el preceptivo dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Plazo de reclamación, legitimación y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año de producido el hecho lesivo que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), fija para la prescripción del derecho a reclamar. Así, la reclamación se interpuso el día 4 de noviembre de 2003 y, según consta en la historia clínica de la paciente, el día 10 de julio de 2003 aún estaba siendo tratada por el Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (folio 63).

La Sr.^a C. G., al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en centros médicos dependientes de la Administración, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP. Por otro lado, su actuación a través de representante ha quedado debidamente acreditada, pues obra en el escrito de interposición de la reclamación la firma de la interesada y del letrado.

En cuanto a la legitimación pasiva, tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

TERCERA.- Inexistencia de responsabilidad patrimonial.

Antes de examinar la reclamación planteada hemos de advertir, como lo hace el Consejo de Estado en varios de sus Dictámenes (por todos, el número 961/2001), que el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que, en cualquier caso, deba responder de todos los daños que se produzcan en los centros sanitarios públicos, sino únicamente de aquellos que se hayan producido a consecuencia de una vulneración de la *lex artis*. Otra interpretación supondría desnaturalizar el instituto de la responsabilidad patrimonial, concibiéndola como un seguro a todo riesgo, lo que resulta más desaconsejable, si cabe, en un sector de la acción administrativa como el sanitario, ya que la medicina no es una ciencia exacta que asegure un resultado concreto, sino que únicamente puede exigirse la prestación de una adecuada asistencia sanitaria, de acuerdo con el nivel científico y técnico existente en ese momento.

Así planteada la cuestión, cabe afirmar la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que de los informes obrantes en el expediente se desprende que la reclamante fue atendida correctamente tanto en el Centro de Salud Virgen de la Caridad de Cartagena, como en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia. En efecto, a pesar de la afirmación vertida por la interesada consistente en que venía siendo asistida por “molestias, crujidos y dolores en la mandíbula” desde hacía siete u ocho años, de los datos que aparecen incorporados a la historia

clínica se desprende que sólo en una ocasión, en el año 1996, se le atendió por tal concepto y la doctora de familia actuó con diligencia al ordenar la realización de una radiografía que es informada como normal (folio 41). Posteriormente, tal como se puede observar en las anotaciones que constan en la historia clínica, acudió a su médico de familia en varias ocasiones, pero siempre por causa de otras patologías. No es hasta el día 3 de febrero de 2003 que la reclamante vuelve a referir problemas de mandíbula y a partir de ese momento la asistencia sanitaria se presta de forma continuada y sin escatimar medios: Es examinada el día 4 de febrero de 2003 por un estomatólogo, que lleva a cabo las pruebas que estima convenientes, pauta tratamiento y le explica las posibilidades terapéuticas (folio 37); unos meses después, el 22 de mayo de 2003, la explora otro estomatólogo, quien la remite a consulta de cirugía maxilofacial (folio 38); el día 10 de julio de 2003 es atendida en el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, donde se le aplicó el bloque terapéutico que se indica al folio 63, citándola para dos semanas después, sin que la reclamante acudiese.

Consta, pues, el tratamiento continuado del que fue objeto la paciente, que en ningún momento quedó desatendida, siendo ella la que, en un momento determinado, concretamente tras la visita a la consulta de cirugía maxilofacial, abandonó la asistencia pública acudiendo a la medicina privada, sin agotar previamente el tratamiento al que estaba siendo sometida y sin que tampoco conste acreditado que promoviera ante la Entidad Gestora de la Seguridad Social una segunda opinión.

Por otro lado, tal como señala el dictamen del perito de la aseguradora, Dr. S. (folios 107 y siguientes), ante los síntomas que presentaba la paciente, existe un primer escalón de tratamiento consistente en medidas conservadoras (fisioterapia, reeducación, antiinflamatorios, analgésicos, relajantes musculares, utilización de férulas oclusales, etc), y tan sólo ante el fracaso de estas técnicas se acudiría a la utilización de medidas quirúrgicas (artroscopia, cirugía abierta y recambio articular).

En el supuesto que nos ocupa, razonablemente se dio prioridad al tratamiento conservador (folio 63), lo que no excluía que, una vez concluido dicho tratamiento (lo que la reclamante impidió al abandonarlo), se hubiese procedido, si ello así resultaba conveniente, a someter a la paciente a medidas quirúrgicas, aunque, tal como indica el Dr. S., ninguna de las medidas, en solitario o en su conjunto, tiene un éxito del 100%.

Por otra parte, la atención sanitaria que la paciente recibe en el C. M. T. al que acude es coincidente con la que se había iniciado en la sanidad pública. Así se desprende del informe aportado por la interesada y que obra al folio 9 del expediente, en el que el Dr. G. afirma que *“en este momento no precisa tratamiento quirúrgico por lo que la remito al Dr. V. que la tratará con tratamiento conservador”*. Es más, tal como indica la Inspección Médica, los facultativos de esta clínica privada en ningún momento mencionan la existencia de errores previos de diagnóstico o de tratamiento.

De lo expuesto se infiere que no ha quedado acreditado en el expediente que el daño alegado sea imputable al servicio público sanitario. En efecto, la circunstancia de que antes de finalizar el tratamiento conservador la Sra. C. decidiera acudir a la sanidad privada, no puede servir de argumento para pretender imputar a la Administración lo que, en definitiva, ha constituido una decisión libremente adoptada.

Por otra parte, en cuanto al daño que la interesada alega consistente en el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada, comparte el Consejo Jurídico la pro-

puesta desestimatoria, por considerar que en ningún momento le fue negada la asistencia de la sanidad pública.

En definitiva, a la vista de las circunstancias del presente caso, cabe entender que ha existido una asistencia sanitaria ajustada a los estándares de actuación razonablemente exigibles, sin que pueda imputarse causalmente a la Administración ni las secuelas que padece la reclamante, que son consecuencia de su patología, ni (no habiendo existido error de diagnóstico ni denegación de asistencia) el abandono de los servicios públicos sanitarios por la interesada y, en consecuencia, tampoco se le pueden imputar los daños cuyo resarcimiento se pretende.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 171/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª A. M. O. T., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 12/12/07

Extracto de Doctrina

Para determinar la concurrencia del nexo causal, el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño, y el nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen nº. 77/2006 del Consejo Jurídico):

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 14 de mayo de 2003 tiene entrada en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, procedente de la Demarcación de Carreteras del Estado, escrito de reclamación de responsabilidad presentado por D. A. M. O. T. por los daños materiales sufridos por el vehículo de su propiedad (Opel Corsa, matrícula X) el 19 de enero anterior, cuando circulaba por la carretera MU-533, en el término municipal de Alguazas, a la altura del kilómetro 10.2. Atribuye el accidente al mal estado de la calzada, concretamente, a la existencia de un socavón de grandes dimensiones, que produjo un reventón en la rueda derecha y provocó la salida del vehículo de la calzada, cayendo en un bancal colindante.

Reclama la cantidad de 2.261,69 euros, acompañando una serie de documentos:

- La factura de reparación del vehículo.
- Declaraciones escritas de dos testigos.
- Reportaje fotográfico realizado por el reclamante sobre el socavón y el estado del vehículo tras el accidente, acompañado de una declaración de un testigo sobre el mismo.

SEGUNDO.- El 4 de julio de 2003, el instructor del procedimiento requiere a la reclamante para que mejore su solicitud, aportando copia compulsada de los documentos que indica en el oficio (folio 40), y proponga los medios de prueba de los que pretende valerse. Simultáneamente solicita el informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras.

TERCERO.- Consta que la interesada presenta la documentación requerida el 1 de agosto de 2003 (registro de entrada), tras lo cual, el 4 de septiembre de 2003, emite informe el Ingeniero de Caminos Coordinador de Conservación de los Sectores de Murcia y Jumilla (folios 63 y 64) que, en relación con las cuestiones que le plantea la instructora, señala (folios 44 y 45):

“A) No consta atestado del accidente, por tanto no podemos precisar la realidad del mismo.

B) No se puede precisar tales circunstancias.

C) Adjunto remitimos parte de trabajo de la única brigada de conservación, para 500 Km. de carretera, compuesta por 4 peones y 1 Jefe de Equipo. Como puede apreciarse, el día 22 de enero de 2003 acudió a la MU-533 para bachearla; del consumo de material y del tiempo invertido (en la misma jornada se bacheó la B-6) se deduce que el deterioro de la carretera no sería excesivo; no obstante los medios materiales y económicos disponibles para la conservación de carreteras en el Sector Murcia, son a todas luces escasos, y así se ha comunicado a la Superioridad en reiterados informes.

D) Visto el apartado C) no puede apreciarse tal imputabilidad.

E) Expresado en C.

F) No puedo precisar tales daños ni la certeza de los hechos.

G) Consideramos que los posibles desperfectos de la calzada y las limitaciones de velocidad, difícilmente pueden ocasionar daños de esta magnitud; puede que haya influido algún elemento mecánico del propio vehículo (amortiguadores, etc.).

H) Reiterar la escasez de medios para conservar 500 Km.”

CUARTO.- Recabado el informe del Parque de Maquinaria sobre la valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse, es evacuado por el Ingeniero Técnico Jefe el 4 de noviembre de 2003, en el sentido de que la cantidad reclamada es acorde con la forma de producción del accidente, como corrobora el reportaje fotográfico aportado por la reclamante.

QUINTO.- Con fecha 8 de junio de 2004 (notificado a la reclamante el 15 siguiente) la instructora otorga a la reclamante un trámite de audiencia, a la vez que le traslada la desestimación de la práctica de la prueba testifical de las personas propuestas por la interesada, cuya declaración escrita se acompañaba a la reclamación, por las siguientes razones:

“Respecto de la prueba testifical de D. C. R. O., propuesta por la interesada, no procede su práctica al ser innecesaria para la instrucción del procedimiento, toda vez que en el expediente obra documentación que acredita de forma fehaciente los extremos que se pretenden demostrar con dichos medios de prueba, siendo dicha prueba testifical improcedente ya que la testigo propuesta no presenció el accidente, sino que se trata de una compañera de trabajo que acompañó a la interesada, al día siguiente al accidente, a fotografiar el lugar donde ocurrieron los hechos y el vehículo de la reclamante, datos que quedan suficientemente acreditados con las fotografías aportadas, todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 80.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre.

Asimismo no procede la práctica de la prueba testifical de D. J. A. L. S., por innecesaria, pues, a pesar de ser D. J. A. L. S. testigo directo del accidente, su declaración no contribuiría a esclarecer los hechos, sino al contrario, pues tratándose del marido de la reclamante, no sería imparcial en el asunto en cuestión (art. 377.1, 1ª Ley de Enjuiciamiento Civil). Finalmente, respecto de la práctica de la prueba testifical de D. A. L. S., cuñada de la reclamante, se rechaza por ser manifiestamente improcedente, al no haber sido testigo directa del accidente y al estar incluida, al igual que D. J. A. L. S., en una de las tachas previstas en el art. 377.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

SEXTO.- El 28 de junio de 2004, la reclamante presenta alegaciones manifestando su discrepancia por la declaración de improcedencia de la práctica de la prueba testifical, por cuanto el procedimiento de tacha de testigos, que considera no aplicable en vía administrativa, no implica la inhabilidad de los mismos para ser testigos, sino que permite poner en conocimiento del juzgador determinadas circunstancias del testigo que pudieran poner en tela de juicio la imparcialidad y veracidad de sus manifestaciones, habiendo reconocido voluntariamente la interesada los vínculos o relaciones personales que mantiene con los testigos, sin que existan razones, en su opinión, para poner en tela de juicio sus testimonios.

SÉPTIMO.- Transcurrido más de un año, el 4 de abril de 2005 (registro de salida), la instructora otorga un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, que no consta que presentara alegaciones.

OCTAVO.- El 8 de noviembre de 2006 (folio 85), un año y medio después de la última actuación, el nuevo instructor del expediente acuerda la apertura de un periodo de prueba, solicitando a la reclamante los datos identificativos de los testigos, y practicando la prueba testifical el 14 de febrero de 2007, según las actas obrantes en los folios 97 y ss.

NOVENO.- Otorgado un nuevo trámite de audiencia el 20 de febrero de 2007, no consta que la reclamante formulara alegaciones, si bien con posterioridad aporta, a petición de la instructora, un escrito sobre la cuenta bancaria donde se debería abonar la indemnización (folios 111 y 115)

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 25 de junio de 2007, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al constar acreditados los requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

UNDÉCIMO.- Con fecha 5 de julio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser la titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad (MU-533), por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

Ésta se ha formulado dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 LPAC.

TERCERA.- Procedimiento y prueba.

I. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses, al haber transcurrido más de 4 años desde que se inició el procedimiento. Dicho lo anterior, también cabe poner de manifiesto ciertas irregularidades que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente como para anular las actuaciones, deben ser objeto de consideración por la Consejería proponente, como ha indicado con anterioridad el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 150/2006). Así, a lo largo del procedimiento, se ha variado de instructor/a, sin que conste en el expediente ni la inicial atribución de tal condición ni su posterior modificación y notificación a la interesada, lo que podría ser contrario al derecho reconocido por el artículo 35, letra b) LPAC, que otorga al ciudadano el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

II. En relación con la práctica de la prueba testifical rechazada inicialmente por la instructora, el Consejo Jurídico considera acertado y ajustado a su doctrina que finalmente se variara dicho criterio y se acordara su admisión y práctica (folio 111), remitiéndose a las consideraciones realizadas, entre otros, en nuestro Dictamen núm. 154/2006, sobre las pruebas propuestas por los interesados, y la consideración por el órgano instructor de su

improcedencia o innecesariedad, así como las diferencias entre tacha e inhabilidad para declarar. En este sentido se recomienda a la Consejería consultante que modifique la redacción del modelo de acta de prueba testifical, en lo que concierne a las preguntas generales del artículo 367.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que se haga constar que el testigo tiene conocimiento del contenido de dicho precepto, antes de su respuesta; sirva como ejemplo de lo indicado el párrafo siguiente: ¿Concurre alguna de las causas establecidas en el artículo 367.1,3º?, a lo que la testigo responde negativamente, y seguidamente se le pregunta si tiene amistad íntima con la interesada, a lo que responde afirmativamente (folio 101).

Una vez practicada la prueba corresponde al órgano instructor valorar los resultados de la misma y las tachas que se formulen (artículos 316 y 376 LEC), puesto que en el procedimiento administrativo rige el principio de la libre valoración de la prueba por parte del órgano decisorio con sujeción a las reglas de la sana crítica, y en tal sentido la instructora no ha cuestionado finalmente sus declaraciones, pues vienen a confirmar la ocurrencia de los hechos en la forma relatada por la reclamante, y los daños presentes en el vehículo, de forma complementaria a otras pruebas documentales, como el reportaje fotográfico y el informe del Ingeniero de Caminos responsable de la conservación de la Dirección General de Carreteras.

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

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

Por tanto, para determinar la concurrencia del nexo causal, el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño, y el nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico):

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

A partir de este planteamiento, la reclamación se fundamenta en una omisión de la Administración, que debería haber eliminado o, al menos, señalizado, el socavón a que se refiere la perjudicada, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, la reclamante solicita el abono de los gastos causados por el accidente, que se debió a una deficiencia viaria.

En el caso que nos ocupa, ha de considerarse acreditada la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, mediante una valoración conjunta de la prueba documental aportada por la reclamante (reportaje fotográfico realizado al día siguiente del accidente), y el informe del Ingeniero de Caminos Coordinador de Conservación de los Sectores Murcia y Jumilla, que confirma que la brigada de conservación acudió a bachear la Crtra. MU-533 el 22 de enero de 2003, dos días después del accidente. En cuanto a la magnitud de los daños del vehículo, cuestionados por el técnico precitado, han sido considerados por el Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria acordes con el accidente de que se trata. Por otra parte, no puede considerarse que en la producción del daño concurría un exceso de velocidad, o inadecuación del vehículo, ya que nada se ha instruido al efecto.

QUINTA.- La cuantía de la indemnización.

Ha de indemnizarse al reclamante por el valor de la reparación del vehículo, es decir, 2.261,69 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al existir relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria reclamada habrá de actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 172/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. H. H., en nombre y representación de su hijo menor de edad V. M. S. H., debida a accidente escolar.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 12/12/07

Extracto de Doctrina

Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23.

DICTAMEN 173/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a F. S. M., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 17/12/07

Extracto de Doctrina

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 12 de septiembre de 2005, D. F. S. M., por medio de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Según la reclamante, en septiembre de 2004 se le diagnosticó una “posible” endometriosis uterina, por lo que el 28 de septiembre ingresa en la Unidad de Ginecología del Hospital Rafael Méndez de Lorca, a fin de someterse a una histeroscopia quirúrgica, para diagnosticar con exactitud su dolencia. En el curso de la intervención se aprecia que se había producido una perforación del útero en cara anterior, que la interesada imputa a la negligencia del personal médico que había realizado la exploración, y que obligó a la paciente a someterse a una laparotomía exploradora para suturar la perforación. Como consecuencia, tuvo que estar ingresada durante 7 días, precisando revisiones y tratamiento durante 61 días más y sufriendo hasta la fecha de la reclamación molestias dolorosas en la región pélvica. Asimismo, afirma que le restan como secuelas unas algias pélvicas que valora en 8 puntos y un perjuicio estético moderado al que asigna 7 puntos, todo ello conforme al sistema de valoración de daños de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

Considera el daño desproporcionado, toda vez que la perforación sufrida es una complicación absolutamente extraordinaria y que no se deriva necesariamente de la práctica de la histeroscopia.

Además, afirma que no fue informada de los riesgos inherentes a la prueba ni de posibles alternativas diagnósticas.

La valoración del daño se efectúa conforme al sistema establecido por el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, reclamando un total de 13.806,92 euros, en concepto de secuelas, 7 días de ingreso hospitalario y 61 impositivos.

Acompaña la reclamación de los siguientes documentos: a) informe de alta hospitalaria; b) reclamación de fecha 5 de octubre de 2004, denunciando los hechos descritos; y c) informe médico de valoración de las secuelas.

Propone prueba documental consistente en que se incorpore al expediente el protocolo de actuación en la práctica de la histeroscopia, así como la historia clínica de la paciente.

SEGUNDO.- Por resolución de 3 de octubre de 2005, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar su presentación tanto a la compañía aseguradora del SMS, como a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Tras el oportuno requerimiento de la instrucción, el Director Gerente del Hospital Rafael Méndez remite copia de la historia clínica de la paciente, así como informe de su Servicio de Ginecología, que es del siguiente tenor literal:

“D. F. S. M. ha sido atendida en numerosas ocasiones por el Servicio de Obstetricia y Ginecología a lo largo de los años 1987, 1993, 1995, etc., por diversos motivos, la mayoría de las veces por dolor en hipogastrio (en la historia consta la hoja remitida por su médico de familia en septiembre de 2001 por este motivo). La paciente estaba diagnosticada de mioma uterino y se le había realizado una biopsia de endometrio y un legrado uterino en septiembre de 2002.

La paciente vuelve a consultar al Servicio el 28 de Junio de 2004 por dolores pélvicos y dispareunia, entonces la paciente tiene 57 años. Como antecedentes sólo destaca hipotiroidismo en tratamiento y menopausia a los 50 años. Tras explorar a la paciente y encontrar una atrofia vaginal intensa, se realiza ecografía en la que se aprecia mioma y endometrio con un engrosamiento patológico, por lo que se incluye en lista de espera para realizar histeroscopia quirúrgica. Se solicita preoperatorio y firma el correspondiente documento de consentimiento informado en el que consta que una de las complicaciones de la histeroscopia es la perforación uterina, además de otras como imposibilidad de realización, dolor, hemorragia, reacción vagal, etc.

El 28 de Septiembre ingresa para ser intervenida al día siguiente y se coloca un tallo de laminaria para facilitar la dilatación cervical previa a la realización de la histeroscopia.

La instauración del tallo es muy dificultosa por la importante atrofia cérvico-vaginal que presenta la paciente. El 29 de Septiembre, al realizar la histeroscopia, se comprueba una falsa vía en la cara anterior del útero, por lo que se procede a realización de laparotomía exploradora y sutura del pequeño ojal en el útero; se observa así mismo la existencia de ovarios atróficos y mioma intramural en cara anterior.

El postoperatorio cursó con normalidad. El cuarto día del postoperatorio la paciente se encuentra asintomática, sin fiebre, con abdomen blando y depresible, con expulsión normal de gases y se ofrece a la paciente la posibilidad de alta, posibilidad que rechaza la paciente según consta en la historia clínica. Al día siguiente, en la historia clínica se refiere que las constantes son normales, el abdomen es blando y depresible, que la paciente ha defecado, pero que no desea que se le retiren los puntos ni desea alta. El día 5 de Octubre la paciente se encuentra asintomática, se retiran la mitad de los puntos y se realiza el alta hospitalaria. Se facilita a la paciente el informe de alta médica en el que se especifican todas las incidencias acaecidas durante su intervención quirúrgica.

El 15 de Diciembre de 2004 se realiza la primera revisión postquirúrgica de la paciente en la consulta de Ginecología en la que se especifica que la paciente se encuentra bien salvo algún “pinchazo” ocasional a lo largo del día. Se realiza una nueva ecografía en la que se comprueba la existencia del mioma uterino referido anteriormente y el engrosamiento

endometrial de 9.15 mm de aspecto glanduloquístico. A la paciente se le propone realizar histerectomía y doble anexectomía como tratamiento definitivo de su patología, pero la paciente refleja su deseo de no operarse por ahora, por lo que se da cita a la paciente para el mes de abril.

El 10 de Enero de 2005 la paciente vuelve a la consulta de ginecología y nos refiere su deseo de la intervención propuesta por lo que se introduce en lista de espera quirúrgica para ser intervenida. El 18 de Abril de 2005 se realiza histerectomía abdominal y doble anexectomía que cursa con normalidad, el postoperatorio es asintomático.

El día 1 de Junio de 2005 se realiza la consulta postoperatoria y se informa de la Anatomía Patológica de la pieza operatoria “leiomiomas uterinos. Pólipo endometrial atrófico quístico”. La paciente sólo refiere encontrarse asténica, por lo que se solicita analítica pendiente de ver con su médico de cabecera y se programa para una nueva cita en 6 meses.

Ante la reclamación patrimonial interpuesta por la paciente el Servicio de Ginecología desea hacer constar que:

Cualquier intervención quirúrgica o método diagnóstico utilizado en medicina (la histeroscopia en el caso que nos ocupa) no tiene una “garantía de seguridad de casi el 100% de plena efectividad” como consta en la reclamación, sino que puede tener complicaciones y efectos secundarios como consta en los protocolos y documentos de consentimiento informado.

La paciente presenta dolores pélvicos previos a la intervención quirúrgica como consta en la historia clínica de la paciente de años anteriores. Así mismo se le han realizado las necesarias revisiones hasta la histerectomía y doble anexectomía realizada en Abril de 2004 (debería decir 2005), para la resolución de su patología específica: mioma uterino intramural y pólipo endometrial glanduloquístico. En ningún caso fue dada de alta médica definitiva el 15 de Diciembre como refiere el informe médico que adjunta, firmado en Mayo de 2005, teniendo en cuenta que la paciente ya estaba intervenida de la histerectomía”.

CUARTO.- Solicitado, con fecha 15 de diciembre de 2005, informe valorativo de la reclamación a la Inspección Médica, es remitido el 4 de diciembre de 2006.

De él destacan los siguientes extremos:

– Existe documento de consentimiento informado para la práctica de “histeroscopia diagnóstica”, corregido a mano, para sustituir el término “diagnóstica” por “quirúrgica”. En él no se hace constar la preparación que necesita la técnica. Sí consta de forma expresa el riesgo de perforación uterina.

– En referencia a la histeroscopia, se indica que:

“Normalmente es una prueba bien tolerada porque el calibre del histeroscopio es muy pequeño.

En el caso que nos ocupa, la paciente parece que tenía un útero hipertrófico pero en las múltiples exploraciones que se describen en la historia clínica no se ofrece información de que el cuello fuese especialmente malformado o duro a la palpación. En el informe del Servicio aparece el dato de que la instauración del tallo de laminaria es muy dificultosa por la importante atrofia cérvico vaginal que presenta la paciente.

En la hoja que describe el momento de la colocación del mismo (hoja 72) a las 20 horas, y en las observaciones acerca del curso clínico a las 21:30 horas (hoja 76), no se hace referencia a ese dato por el profesional que realizó la técnica.

Sí que se hace referencia a la dificultad en su extracción (hoja 79) y ya en el momento de la visualización de la cavidad al introducir el histeroscopio se observa perforación de falsa vía con asas intestinales. (...)

La documentación del expediente hace referencia concreta a tres circunstancias que a juicio de los reclamantes habría que tener en cuenta, y son: la perforación uterina, la persistencia de algias pélvicas y un perjuicio estético moderado.

La primera de ellas conllevó ciertamente un ingreso hospitalario ampliado y tratamiento y revisiones posteriores. Los reclamantes achacan el hecho a una negligencia en la realización de la histeroscopia, sin embargo según la historia clínica, la perforación no se produjo por la histeroscopia, la histeroscopia únicamente detectó la lesión, siendo la perforación uterina consecuencia de la introducción del tallo de laminaria utilizado el día anterior a la prueba para la dilatación del cuello del útero.

La histeroscopia habitualmente no produce problemas aunque estos pueden presentarse y están descritos en el CI de la misma, según esto, la información dada a la paciente era la adecuada en el sentido de que la permanencia en el hospital y las revisiones posteriores no eran esperadas.

La decisión de realizar laparotomía viene fundamentada en la mejor accesibilidad a la zona dañada y una visualización amplia del defecto, una indicación adecuada para corregir el defecto producido.

En cuanto a la segunda de ellas, no negando lo descrito por la paciente y lo baremado en el informe que aporta al respecto, consideramos que es arriesgado señalar como secuela las algias pélvicas, si tenemos en cuenta la documentación previa que hace referencia a las mismas con anterioridad al proceso en curso, describiéndose molestias inespecíficas en bajo vientre (hoja 37), y algún pinchazo a lo largo del día en la revisión de 15 de diciembre de 2004 (hoja 74). No podemos valorar objetivamente si la paciente sintió un cambio en la naturaleza de las mismas.

En tercer lugar, el perjuicio estético que se alega, en todo caso fue de naturaleza temporal ya que a propuesta del Servicio de Obstetricia y Ginecología se realizó histerectomía abdominal y doble anexectomía 6 meses más tarde de este suceso”.

Concluye el informe manifestando que la lesión no era esperada y se produjo por la introducción del tallo de laminaria, cuya utilización no estaba protocolizada ni se mencionaba en el documento de consentimiento informado para histeroscopia. “No se detecta ningún otro problema, por lo que sólo sería estimable lo mencionado”.

QUINTO.- La compañía aseguradora aporta dictamen realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Obstetricia y Ginecología quienes, tras hacer una breve exposición acerca del procedimiento de la histeroscopia y sus posibles complicaciones, valoran críticamente la asistencia prestada a la paciente, a la luz de las afirmaciones por ella efectuadas en la reclamación.

Respecto a que la perforación uterina es una complicación excepcional en la histeroscopia, lo niegan, indicando que “una revisión amplia de la bibliografía existente acerca de

este aspecto, (permite) concluir que la frecuencia de esta complicación se sitúa entre el 0,5% y el 2,5%. (...) Siempre que se produce una perforación uterina en el transcurso de una histeroscopia ¿cabe hablar de una conducta negligente? En absoluto. El procedimiento histeroscópico exige la entrada con un histeroscopio de 10 mm, para lo que es imprescindible una previa dilatación del cuello. Esta dilatación se hace con medios mecánicos (tallos de Hegar), constituyendo un “tiempo ciego” en el procedimiento y donde se producen la mayoría de las perforaciones. Para minimizar estos riesgos, hoy en día se utilizan, previamente al procedimiento, distintas técnicas que tienen por objeto facilitar dicha dilatación (prostaglandinas vaginales, tallos de laminaria) (...).

En este caso, y según se describe en la hoja operatoria, se colocó previamente un tallo de laminaria (procedimiento descrito y habitual para lograr una dilatación menos traumática del cuello) y éste se extrae ya en quirófano con mucha dificultad; posteriormente se dilata con los mencionados tallos de Hegar, desde el número 7 (7mm) hasta el 10 (10 mm); es cuando se introduce el histeroscopio cuando se comprueba la perforación. Desde nuestro punto de vista, pudiera ser que la colocación del tallo hubiera iniciado una falsa vía, que fue prolongada con la posterior dilatación, produciéndose en ese momento la perforación.

En definitiva, desde el punto de vista técnico, el procedimiento se preparó y llevó a cabo de una forma totalmente correcta; también se actuó de forma correcta al objetivarse la perforación, suspendiendo el procedimiento y procediendo a una laparotomía exploradora para valorar el alcance de la perforación”.

En relación con la falta de información previa al consentimiento, se afirma que en la documentación examinada por los informantes no existe consentimiento específico acerca de la cirugía histeroscópica, ni tampoco anotación alguna en las hojas de evolución, aunque sí existen referencias a un consentimiento para histeroscopia diagnóstica y quirúrgica en diversos informes médicos obrantes en el expediente.

Concluye el dictamen que: a) la perforación uterina no puede ser considerada una complicación excepcional de la histeroscopia; b) la perforación se objetivó en el momento de entrar con el histeroscopio, por lo que es obligado pensar que se produce en el tiempo ciego del procedimiento, que es lo más habitual, cuando se dilata el cuello de forma mecánica, lo que no puede ser achacado a una actuación negligente; y c) los profesionales médicos intervinientes actuaron según la *lex artis ad hoc*, tanto en el diagnóstico de la complicación, como en su resolución, no encontrando indicios de mala praxis.

SEXTO.- Consta en el expediente que la interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su reclamación. Dicho recurso se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 4 de los de Murcia, con el número de procedimiento ordinario 412/2006.

Por el Servicio Murciano de Salud, se emplaza a la compañía aseguradora para que comparezca y se persone en las actuaciones, y se remite copia del expediente administrativo.

Consta, asimismo, la remisión al Juzgado del Protocolo de actuación para histeroscopia operatoria de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que se une al expediente administrativo de la reclamación.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, la reclamante presenta, el 3 de julio de 2007, escrito de alegaciones, para ratificarse en la efectuadas en su solicitud inicial y aportar de nuevo informe médico de valoración de secuelas.

El referido informe califica la perforación uterina como complicación “*extraordinaria*” de la histeroscopia, afirmando que es un “*riesgo estadísticamente muy pequeño*” y que no se deriva necesariamente de la intervención. En la valoración de las secuelas, se otorgan 8 puntos a las algias pélvicas, si bien se precisa que esa puntuación se alcanza por similitud con la mínima asignada por el baremo a la secuela de adherencias peritoneales, toda vez que las referidas algias no están codificadas en aquél. Asimismo, se valora el perjuicio estético en 7 puntos.

OCTAVO.- Con fecha 2 de octubre, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que la perforación uterina producida a la paciente en el curso de la hysterectomía no puede ser considerada como daño antijurídico.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 24 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

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

En cuanto a la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, se puede entender acreditada en tanto figura dicha condición en el escrito de reclamación, suscrito conjuntamente por el letrado y la interesada, efectuando ésta designación expresa de representante.

2. La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad sanitaria como del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia a la que se imputa el daño, el Hospital Rafael Méndez de Lorca, dependiente del Servicio Murciano de Salud.

3. La reclamación fue interpuesta antes del transcurso de un año desde la intervención a la que se imputan las secuelas, y dentro, por tanto, del plazo anual de prescripción que, para el derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente reprochable resulta la tardanza de casi un año en evacuar el informe de la Inspección Médica, que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa.

Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado a la interesada a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno recurso contencioso-administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso, toda vez que la última actuación relativa al mismo que consta en el expediente data de octubre de 2006 (folio 95).

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

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

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

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

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

Asimismo, al examinar reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

1. Alegaciones de la reclamante.

Para la reclamante el daño se debe a la actuación negligente de los profesionales que realizaron la histeroscopia, en el curso de la cual se le produjo una perforación uterina, para cuya resolución hubo de someterse a una laparotomía (apertura quirúrgica de la cavidad abdominal), con el consiguiente período de hospitalización, y que le dejó como secuelas unas algias pélvicas persistentes y un perjuicio estético moderado, derivado de la cicatriz de 15 cm. que quedó en su abdomen tras la intervención reparadora.

2. La *lex artis* y su prueba.

La determinación de si la referida imputación genera el derecho de la interesada a ser indemnizada por los daños sufridos aparece íntimamente ligada al concepto de “*lex artis*”. Como se ha dicho en la Consideración precedente, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*” (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001).

Asimismo, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, revelándose así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*”.

Corolario de lo expuesto es que sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por la paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación en una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto –artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, el

principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial –el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999–. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

3. Examen de la concreta actuación sanitaria que se denuncia.

Ha quedado acreditado en el expediente que, como consecuencia de la histeroscopia, la paciente sufrió una perforación uterina. Hecho incontrovertido y que sustenta la reclamación de responsabilidad patrimonial, en la medida en que los daños, cuyo resarcimiento se pretende, resultan bien de la referida intervención, bien de aquella a que hubo de someterse la reclamante para reparar la perforación.

El informe del Servicio de Ginecología del Hospital Rafael Méndez de Lorca expone que en junio de 2004, tras explorar a la paciente, se observa atrofia vaginal intensa, mioma y endometrio con engrosamiento patológico, por lo que se programa para histeroscopia quirúrgica. Ingresa la paciente el 28 de septiembre y se le coloca un tallo de laminaria para facilitar la dilatación cervical previa a la histeroscopia. La instauración del tallo es muy dificultosa por la atrofia cérvico-vaginal que presenta la paciente.

Es al día siguiente, el 29 de septiembre, cuando, al realizar la histeroscopia se comprueba una falsa vía en la cara anterior del útero, que hace precisa la intervención en un segundo tiempo para suturar “el pequeño ojal en el útero”.

La Inspección Médica advierte en su informe que no queda constancia en la historia clínica de especiales dificultades a la hora de colocar el tallo de laminaria, aunque sí existen referencias a la dificultad de su extracción al describir el protocolo de la intervención. Considera adecuadas tanto la indicación de utilizar laminaria en la dilatación cervical, como la laparotomía, fundamentada en la mejor accesibilidad a la zona dañada y una visualización amplia del defecto. Afirma, asimismo, que la perforación se produce no durante la histeroscopia, sino en un momento previo y preparatorio de dicha intervención, cuando se dilata el cuello del útero para permitir el paso del histeroscopio. Guarda silencio, no obstante, acerca de si aprecia la alegada vulneración de la *lex artis* en el desarrollo de la intervención misma o de su preparación.

Más contundente en la valoración del proceso médico es el dictamen aportado por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, al afirmar que “*la perforación no puede ser achacada a una actuación negligente*”. Explica que el procedimiento al que es sometida la paciente exige la entrada con un histeroscopio de 10 mm., para lo que es imprescindible una previa dilatación del cuello del útero. Esta dilatación se hace con medios mecánicos (tallos de Hegar), constituyendo un tiempo ciego en el procedimiento y donde se producen la mayoría de las perforaciones. En este caso, y según se describe en la hoja operatoria, se colocó previamente un tallo de laminaria (procedimiento descrito y habitual para lograr una dilatación menos traumática del cuello) y éste se extrae ya en quirófano

con mucha dificultad; posteriormente se dilata con los mencionados tallos de Hegar, desde el número 7 (7 mm.) hasta el 10 (10 mm.); es al introducir el histeroscopio cuando se comprueba la perforación. Para los informantes, la colocación del tallo inicia una falsa vía, prolongada después por la dilatación, produciéndose en ese momento la perforación. Desde el punto de vista técnico, se afirma, “*el procedimiento se preparó y llevó a cabo de una forma totalmente correcta; también se actuó de forma correcta al objetivarse la perforación, suspendiendo el procedimiento y procediendo a una laparotomía exploradora para valorar el alcance de la perforación*”.

El informe médico aportado por la reclamante se limita a consignar el carácter extraordinario del riesgo de perforación uterina por histeroscopia y a valorar las secuelas alegadas. Sin embargo, omite cualquier juicio técnico acerca de la corrección o incorrección de la intervención, su preparación o la actuación reparadora secundaria a la objetivación de la perforación. En consecuencia, ningún elemento de juicio aporta para poder valorar la adecuación o no a la *lex artis ad hoc* de la asistencia prestada a la reclamante.

A la luz de los diversos informes obrantes en el expediente, cabe considerar acreditado que la perforación uterina sufrida por la paciente tuvo lugar con ocasión de la introducción de un tallo de laminaria, como técnica para lograr una dilatación del cuello del útero que facilitara la posterior entrada del histeroscopio. La utilización de esta técnica ha sido considerada adecuada tanto por la Inspección Médica como por los peritos de la compañía aseguradora, sin que haya manifestación de contrario en el informe de valoración de secuelas aportado por la actora. Del mismo modo, este último informe omite efectuar un juicio de la intervención y del momento en el que se produjo la perforación a la luz de la ciencia médica en orden a determinar la existencia o no de vulneración de la *lex artis*. Tampoco es concluyente al respecto el informe de la Inspección Médica, que sorprendentemente calla acerca de la adecuación o no a normopraxis de la actuación médica a la que se imputa el daño, limitándose a afirmar la indicación de la técnica de dilatación y de la laparotomía.

En este contexto, por tanto, únicamente existe un informe médico que valore desde la ciencia médica la intervención quirúrgica a que se sometió la paciente, afirmándose de forma contundente que no puede considerarse una actuación negligente la perforación uterina y que, desde el punto de vista técnico la intervención se preparó y llevó a cabo de una forma totalmente correcta, como correcta fue también la reacción ante la complicación surgida. Finaliza el informe indicando que “*los profesionales médicos que intervinieron en el caso actuaron según lex artis ad hoc, tanto en el diagnóstico de la complicación, como en la resolución de la misma, no encontrando indicios de mala praxis*”.

En consecuencia, no puede considerarse acreditada la existencia de mala praxis durante la intervención, ni durante su preparación, ni en la resolución de la complicación surgida.

4. La doctrina del daño desproporcionado.

La expresa calificación por la reclamante del daño sufrido como desproporcionado exige efectuar una consideración al respecto.

Los perfiles de esta doctrina de origen jurisprudencial y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido dibujados por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, según la cual “*el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta*

negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación” (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999), excluye la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño que cabe calificar de anormal dentro de lo que es esperable en el desarrollo de la histeroscopia, no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que la reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita. Así, no se prueba que el riesgo (perforación uterina) que se materializó en la generación del daño tuviera la consideración de atípico, y ello a pesar de la afirmación contenida en el informe aportado por la actora, que lo califica de extraordinario; antes al contrario, el propio documento de consentimiento informado para histeroscopia diagnóstica, avalado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, y cumplimentado por la reclamante, lo contempla como complicación específica de esta técnica. A mayor abundamiento, el dictamen aportado por la compañía aseguradora sitúa la frecuencia de esta complicación entre el 0,5 y el 2,5%, afirmando expresamente que no puede considerarse como un hecho excepcional.

Del mismo modo y atendido el elenco de complicaciones que pueden surgir durante la práctica de una histeroscopia, como sobradamente ilustran tanto el documento de consentimiento informado (hemorragia, desgarros cervicales, tromboembolismo gaseoso) y el referido dictamen pericial de parte, no puede considerarse que aquélla sea una intervención de riesgo mínimo, pues son múltiples las complicaciones que pueden surgir en su desarrollo.

En consecuencia, no cabe aplicar al supuesto sometido a consulta la doctrina del daño desproporcionado al no reunir todos los requisitos que, para su apreciación, viene exigiendo la jurisprudencia.

QUINTA.- Sobre el consentimiento informado.

Afirma la reclamante que no fue informada del riesgo de la perforación, pues no se le informó de los riesgos que, por mínimos que fueran, podían darse en el transcurso de la operación, no ofreciéndole información alguna acerca de posibles alternativas más seguras a la hora de realizar un diagnóstico.

La regulación del derecho de información del paciente se aborda en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Su artículo 3 define el consentimiento informado como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”. De conformidad con el artículo 8.1 y 2, antes de someter al paciente a una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre su salud, será preciso recabar su consentimiento, una vez que, recibida la información prevista

en el artículo 4 –como mínimo, finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias–, haya valorado las opciones propias del caso.

El artículo 10, por su parte, precisa el contenido de la información que ha de darse al paciente antes de recabar su consentimiento escrito, calificando como información básica la siguiente: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) las contraindicaciones.

La doctrina de este Consejo Jurídico acerca del consentimiento informado es suficientemente conocida por la Consejería consultante, por lo que no parece necesaria su reproducción.

De la lectura de la historia clínica y del documento de consentimiento informado obrante al folio 66 del expediente, puede afirmarse que sí se trasladaron a la paciente los riesgos de la intervención y, específicamente, el de la perforación uterina. Por el contrario, nada prueba que se le comunicaran las alternativas de tratamiento, si es que existían. Dichas alternativas, si bien no se contemplan de manera expresa en el artículo 10 de la Ley 41/2002 como contenido mínimo de la información previa al consentimiento, sí que cabe entenderlas exigibles de conformidad con el artículo 8.2, toda vez que el consentimiento habrá de ser recabado una vez que, recibida la información exigida en el artículo 4, el paciente “haya valorado todas las *opciones*”, opciones que, atendido el contexto, han de ser interpretadas como clínicas, es decir, como alternativas de tratamiento.

En consecuencia, no ha quedado probado que los facultativos intervinientes cumplieran en todos sus extremos su obligación de información hacia la paciente.

Ahora bien, ello no es determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial, toda vez que, como apunta la propia propuesta de resolución en cita de la doctrina de este Consejo Jurídico, la omisión o defecto del deber de información no es, “*per se*”, y con abstracción de cualquier otra circunstancia, generador de responsabilidad patrimonial, pues sí, a pesar de existir omisión o defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento, éste se aplica correctamente y, además, una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el único posible o, al menos, el razonablemente más conveniente, por las claras y graves consecuencias de no aceptarlo o por otro motivo análogo), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate, dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse por dicho daño (Dictámenes 20/2004 y 44/2007, entre otros).

Aplicando esta doctrina al supuesto sometido a consulta, ha de concluirse que si bien el documento de consentimiento informado utilizado no correspondía exactamente al tipo de intervención a realizar, pues venía referido a la histeroscopia diagnóstica, cuando la paciente realmente fue sometida a una quirúrgica (intervención cuyos riesgos comparte con la prueba meramente diagnóstica, si bien agudizados en su frecuencia e intensidad, debiendo añadirse otros específicos, como son los propios de la anestesia, necesaria en este tipo de intervenciones y no en las diagnósticas), lo cierto es que el riesgo que finalmente se materializó sí constaba expresamente en el documento que firmó la paciente.

Es cierto, asimismo, que no consta que se le comunicaran las opciones clínicas a la histeroscopia quirúrgica, sin que los informes existentes en el expediente alumbren acerca de la existencia de tales alternativas, aunque el protocolo de histeroscopia operatoria de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y el informe de la Inspección Médica sí ofrecen datos que permiten calificar la técnica empleada como la más conveniente. Así, la Inspección afirma que estaba indicada ante la patología que presentaba la paciente, como también incide en dicha consideración el informe de la compañía aseguradora. El indicado protocolo, por su parte, afirma que *“la comodidad, reducida morbilidad y sus excelentes resultados han asentado esta técnica como electiva”*, siendo calificada como *“rápida, segura y tan eficaz como las técnicas convencionales, reduciendo el tiempo quirúrgico, la hospitalización y la morbilidad, suponiendo, por tanto, ventajas tanto médicas como socio-económicas”*.

En consecuencia, si bien no queda probado que los facultativos informaran a la paciente de las alternativas al tratamiento que le proponían, éste constituía la opción terapéutica más indicada, como han adverado los informes médicos y el protocolo traídos al procedimiento, derivándose una complicación típica, por lo que en aplicación de la doctrina expuesta, no existiría relación causal entre la insuficiente información facilitada a la paciente y el daño padecido.

Procede, en consecuencia, negar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, procediendo informar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

SEXTA.- El quantum indemnizatorio.

Si bien la conclusión alcanzada acerca de la ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración haría innecesario un estudio del daño alegado y su valoración económica, con base en el artículo 12.2 RRP, el Consejo Jurídico estima procedente efectuar las siguientes consideraciones.

La pretensión indemnizatoria de la reclamante alcanza los 13.806,92 euros, conforme al siguiente detalle:

– 7 días de ingreso hospitalario, a 58,19 euros	407,00
– 61 días improductivos, a 47,28 euros.....	2.884,08
– 8 puntos por algias pélvicas, a 622,27 euros.....	4.978,16
– 7 puntos por perjuicio estético, a 611,74 euro	4.282,18
– 10% Factor de corrección.	

1. Los días de ingreso hospitalario.

Si bien la paciente ingresa el 28 de septiembre y no alcanza el alta hospitalaria hasta el 5 de octubre, no todo este período de hospitalización podría ser computado a efectos indemnizatorios, toda vez que habrían de excluirse aquellos en que la interesada permanece de forma voluntaria en el Hospital tras rechazar el alta ofrecida al cuarto día del postoperatorio, momento en que la paciente se encuentra asintomática, sin fiebre, con abdomen blando y depresible, con expulsión normal de gases (informe del Servicio de Ginecología del Hospital Rafael Méndez –páginas 29 y ss. del expediente– y hoja de observaciones acerca del curso clínico, obrante al folio 75 del expediente).

2. Días impeditivos.

Ninguna justificación documental existe en el expediente que acredite que la interesada quedó incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual, pues no se han aportado informes médicos que así lo acrediten, ni bajas laborales. De hecho, el informe de valoración de secuelas no permite inferir que los días pretendidamente impeditivos lo fueran, toda vez que únicamente se refiere a ellos como días durante los que la interesada precisa tratamiento y revisiones médicas.

3. Algias pélvicas.

Para la reclamante, tales dolores derivan de la intervención a que fue sometida. Sin embargo, la historia clínica y los informes médicos que constan en el expediente parecen anticipar tales molestias a momentos anteriores a la histeroscopia y posterior laparotomía.

En efecto, el Servicio de Ginecología del Hospital Iorquino informa que la paciente había sido atendida en numerosas ocasiones por dicha unidad, a lo largo de los años 1987, 1993, 1995, por diversos motivos, “la mayoría de las veces por *dolor en hipogastrio*”. Así consta en la historia clínica, a los folios 38 y 40 del expediente.

Al respecto, la Inspección Médica considera arriesgado señalar como secuela las algias pélvicas, “*si tenemos en cuenta la documentación previa que hace referencia a las mismas con anterioridad al proceso en curso*”.

En consecuencia, no puede considerarse acreditado que las molestias que se describen en la reclamación como algias pélvicas, tuvieron su causa en la intervención a que fue sometida la paciente en septiembre de 2004 y de la que deriva la acción indemnizatoria.

4. Perjuicio moderado estético.

El perjuicio estético ha de entenderse referido a la cicatriz de 15 centímetros que resta en el abdomen de la paciente como consecuencia de la laparotomía, intervención necesaria para resolver la complicación surgida durante la histeroscopia.

No es dudosa la existencia de la indicada cicatriz ni de su calificación como perjuicio estético, atendida su ubicación y dimensiones, extremos que resultan gráficamente acreditados con la fotografía incluida en el informe de valoración del daño.

Con posterioridad a dicha intervención, la paciente es sometida a histerectomía y doble anexectomía en abril de 2005, es decir, 6 meses después de la primera intervención, para resolver su patología ginecológica de base. Para la Inspección Médica, esta circunstancia conlleva que el perjuicio estético sólo fuera temporal, si bien no justifica por qué alcanza dicha conclusión. Quizás estima que la histerectomía se realiza mediante una incisión superpuesta a la anterior cicatriz, de forma que el resultado es una cicatriz única, que ya no sería imputable a la laparotomía. En cualquier caso, nada en el expediente prueba que ello fuera así.

Debe recordarse, además, que en el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, al que expresamente se acoge la reclamante y que opera para la Administración como sistema orientativo para la cuantificación de los daños en los expedientes de responsabilidad patrimonial, tras la modificación efectuada por Ley 34/2003, de 4 de noviembre, la evaluación del perjuicio estético ha de efectuarse en el momento de la sanidad del lesionado, es decir, en el de la estabilización lesional, instante

éste que en el supuesto sometido a consulta podría identificarse con el 15 de diciembre de 2004, fecha en la que la paciente acude a su primera revisión a consulta de ginecología tras la histeroscopia y laparotomía sufridas en septiembre de ese mismo año. En esa revisión, consta en la historia clínica que la paciente “se encuentra bien”, salvo algún pinchazo ocasional y al margen de la patología ginecológica de base (mioma uterino y engrosamiento endometrial de aspecto glanduloquístico), que motivará la posterior histerectomía.

A esa fecha, la interesada mostraba ya una cicatriz de 15 cm. ocasionada por la laparotomía efectuada el 29 de septiembre de 2004, para corregir la perforación uterina acaecida en el curso de la histeroscopia. En consecuencia, el perjuicio estético anejo a dicha cicatriz sí sería indemnizable, si se hubiera llegado a estimar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos a los que el ordenamiento anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente la antijuridicidad del daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 174/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. C. C. P., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 17/12/07

Extracto de Doctrina

Tal como señala el Tribunal Supremo en repetidas sentencias, “...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama” (entre otras, Sentencia de la Sala 3ª, de 29 de junio de 1988 y 19 de octubre de 2004).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 9 de julio de 2004 (registro de entrada), D. C. C. P. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y

Transportes, por los daños sufridos por el vehículo de su propiedad (X) cuando circulaba por la carretera comarcal C-3211, en dirección a Águilas.

Señala que el accidente ocurrió el día anterior, 8 de julio, a las 16,45 horas, cuando se rompió la luna de su vehículo a causa de un escalón existente en la carretera.

Finalmente solicita el pago del arreglo del mencionado cristal delantero, que no cuantifica inicialmente.

SEGUNDO.- El 23 de agosto de 2004 se pone en conocimiento del interesado que ha tenido entrada en la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes su reclamación, a la vez que se le requiere para que subsane y mejore la solicitud, aportando copia de los documentos que se relacionan en el oficio obrante en los folios 5 y 6, siendo cumplimentado por el reclamante el 20 de septiembre siguiente.

TERCERO.- Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras, es emitido el 10 de febrero de 2005 por la Sección de Conservación I, con el visto bueno del Jefe de Servicio, con el siguiente contenido:

“1) La carretera C-3211 es una carretera competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

2) En relación con la realidad y certeza del evento lesivo, sólo disponemos de los datos que aporta el demandante. Observo que no figura parte alguno de la Guardia Civil de Tráfico o Policía Local.

3) El escalón a que se refiere el reclamante consiste en un pequeño hundimiento del firme en las inmediaciones de una estructura de drenaje transversal.

4) El día 26 de julio de 2004 se colocaron señales TP 15 (precaución perfil irregular) en una zona en la que existían varios hundimientos similares; en dicha zona estaba incluido el P.K. 65,5. A primeros de agosto se regularizaron con mezcla bituminosa en caliente todos los defectos de este tipo observados en esta carretera. Posteriormente se ha realizado un refuerzo de firme en la zona. Todos estos trabajos forman parte de las tareas de conservación y no se hicieron con motivo de llamada alguna del reclamante.

5) Consultados los archivos de partes de salidas y actuaciones de la brigada de conservación, le informo que no figura aviso, salida o actuación alguna en esta carretera el día 8 de julio de 2004 y siguientes.

6) La carretera estaba perfectamente señalizada y a la hora que ocurre el accidente (16:45 horas) en julio hay luz natural suficiente.

7) La única información de los daños la aporta el reclamante, que en relación con los desperfectos del vehículo sólo figura una nota.

8) No aprecio más aspecto técnico o cuestión que estime pueda ser de interés.”

CUARTO.- Con fecha 7 de abril de 2005 (registro de salida) se solicita a la Compañía de Seguros G., con la que el reclamante tiene suscrita la póliza del vehículo accidentado, que incluye el arreglo de rotura de cristales, información acerca de si por dicha aseguradora le ha sido abonada alguna cantidad. También en la misma fecha se solicita informe al Parque de Maquinaria sobre la valoración de los daños atendiendo a la forma de producirse el siniestro. Ambos oficios son reiterados por la instructora el 18 de enero de 2006, según consta en los folios 50 a 52.

QUINTO.- Con fecha 17 de febrero de 2006 se recibe el informe del Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria en el que se destacan los siguientes aspectos:

- “1) El valor venal del vehículo en la fecha del accidente es de 2.476,00 euros.*
- 2) La valoración que se hace en el presupuesto que se acompaña, puede corresponder perfectamente a su costo real en la fecha de julio de 2004.*
- 3) Sin embargo, no puede ser cierto que se produjera la rotura de la luna del parabrisas por los motivos aducidos por el reclamante, esto es, al circular por la carretera y existir un desnivel en ésta, ya que, en todo caso eso hubiera afectado a los neumáticos, llantas, manguetas, etc., pero nunca a la rotura del parabrisas, puesto que se trata de un cristal laminado que puede absorber perfectamente las posibles deformaciones de la estructura autoportante del vehículo. Es por ello que, en mi opinión, debe ser desestimada la reclamación objeto de este informe”.*

SEXTO.- El 1 de marzo de 2006 se recibe escrito de la Gerencia de Siniestros de la aseguradora G. A., indicando que no se ha tramitado ningún expediente de rotura de lunas referido al vehículo del reclamante.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no consta que presentara alegaciones, tras lo cual, transcurrido más de un año, se dicta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

OCTAVO.- Con fecha 31 de julio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo de reclamación.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, queda acreditada la titularidad autonómica de la carretera C-3211 de acuerdo con el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la fecha de ocurrencia de los hechos fue el 8 de julio

de 2004, y la reclamación se interpuso al día siguiente y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

TERCERA.- Procedimiento y medios probatorios.

El procedimiento seguido se ha ajustado, en términos generales, a los trámites previstos en el artículo 6 y ss. del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP), salvo en el plazo máximo para resolver (artículo 13.3), habiéndose detectado ciertas paralizaciones durante la instrucción, que debe ser impulsada de oficio, como hemos destacado en nuestra Memoria correspondiente al año 2002. También es necesario reiterar consideraciones ya realizadas por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos el núm. 113/2006) acerca de que, producido un cambio de instructora del procedimiento, dicha circunstancia ha de ponerse en conocimiento del interesado, al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC).

Los medios de prueba suscitan una especial valoración partiendo del principio de que corresponde al reclamante la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin obviar la obligación de probar de la parte que dispone y puede aportar los elementos probatorios o justificación para fundamentar su afirmación (STS, Sala 3ª, de 24-2-1998). En el presente supuesto se detecta un vacío probatorio por parte del reclamante sobre la imputabilidad del daño al funcionamiento del servicio público, sin que haya presentado alegaciones al contenido de los informes técnicos de la Sección de Conservación y del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, existiendo unas carencias probatorias sobre la relación de causalidad sólo imputables al interesado.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

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

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, o del comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

El reclamante atribuye a la Administración regional un defectuoso funcionamiento del servicio público viario, concretamente, la deficiente conservación de la carretera C-3211, en dirección a Águilas, a la altura de El Campillo, donde existía un escalón que no se encontraba señalizado, produciendo la rotura del cristal delantero.

Veamos la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial aplicados al presente supuesto:

1) Daño real, concreto y susceptible de evaluación económica.

La propuesta de resolución admite probado el daño con la aportación de un presupuesto de un taller que data de 12 de julio de 2004, cuatro días después del accidente. También, de forma complementaria, por la declaración escrita de un testigo, que viajaba con él, que manifiesta que efectivamente se produjo la rotura de la luna delantera, cuando procedía a realizar un adelantamiento a la altura del kilómetro 65,50 aproximadamente. Sin embargo el Consejo Jurídico entiende que la instructora debería haber requerido al interesado para que aclarara ciertas dudas que suscita la concurrencia de este requisito, recabándole, por ejemplo, la factura abonada, o practicando la testifical bajo el principio de inmediatez, como indicamos en la memoria correspondiente al año 2002. Además ha de tenerse en cuenta que la aseguradora señala, en contestación a la instructora, que no se ha tramitado ningún expediente de rotura de lunas (folio 55), cuando la póliza cubre tal contingencia.

En todo caso debe ser eliminado de la propuesta de resolución lo que se afirma sobre la acreditación por parte del interesado de las lesiones físicas, pues nada reclama ni justifica a este respecto (folio 61).

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

El hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no exime del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, como ha puesto de manifiesto la doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 2582/98, de 16 de julio), del Consejo Jurídico (por todos, el núm. 52/2007) y pronunciamientos judiciales, entre ellos, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (sentencia de 8 de junio de 1999).

Pese a que el Jefe de Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras afirme que el 26 de julio de 2004 se colocaron señales TP 15 (precaución perfil irregular en una zona donde existen hundimientos similares en la que estaba incluido el punto kilométrico 65,5), tal dato no excluye que el reclamante deba probar la relación de causalidad con el daño alegado; muy al contrario, la forma en la que describe que se produjo el accidente (rotura del parabrisas) es claramente controvertida por el informe del Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria, sin que haya sido rebatida por el interesado en el trámite de audiencia otorgado: *“no puede ser cierto que se produjera la rotura de la luna del parabrisas por los motivos aducidos por el reclamante, esto es, al circular por la carretera y existir un desnivel en ésta, ya que, en todo caso eso hubiera afectado a los neumáticos, llantas, manguetas, etc., pero nunca a la rotura del parabrisas, puesto que se trata de un cristal laminado que puede absorber perfectamente las posibles deformaciones de la estructura autoportante del vehículo”*.

A mayor abundamiento cabe señalar que el desnivel a que se refiere el reclamante es un pequeño hundimiento, según el informe de la Dirección General de Carreteras, sin que se hayan corroborado los datos aportados por el interesado acerca de que dos días después del accidente se habían colocado indicadores, tras unas gestiones ante el centro directivo competente, pues, tras consultar los archivos de partes de salida y actuaciones de la brigada de conservación, el técnico de conservación manifiesta que no figura aviso, salida o actuación alguna en dicha carretera el 8 de julio y días siguientes (folio 37).

En consecuencia, la insuficiencia de la actividad probatoria del reclamante sobre la relación de causalidad aboca, en opinión del Consejo Jurídico, a desestimar la reclamación planteada, ya que, tal como señala el Tribunal Supremo en repetidas sentencias, “...*toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*” (entre otras, Sentencia de la Sala 3ª, de 29 de junio de 1988 y 19 de octubre de 2004).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en tanto no se ha acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el servicio público regional de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 175/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.ª A. M. S., como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Consultante: Consejera de Sanidad (2004)

Fecha: 17/12/07

Extracto de Doctrina

En materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la lex artis ad hoc en la materia, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de agosto de 2006, D. A. M. S. presentó un escrito de reclamación en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Morales Meseguer (HMM) en el que alegaba que, el día 25 de ese mismo mes y año, fue intervenida quirúrgicamente en

el citado Hospital y como consecuencia de la intubación para la anestesia perdió dos piezas dentales y una tercera resultó dañada; por ello, solicita *“la reposición de las piezas dentales perdidas o reposición de la factura del dentista más indemnización por daños morales”*.

SEGUNDO.- Junto con la reclamación descrita en el antecedente anterior la Directora Gerente del HMM remite, el 17 de enero de 2007, la historia clínica de la paciente e informe del Dr. M., Jefe del Servicio de Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor, en el que se indica lo siguiente:

“La paciente D. A. M. S. fue intervenida bajo anestesia general el 25 de agosto de 2006. Durante la maniobra de intubación orotraqueal se produce la pérdida de los dos incisivos superiores, según consta en el apartado de incidencias de la gráfica de anestesia.

Esta circunstancia era previsible ya que en la hoja de consulta preanestésica se hace constar literalmente “Incisivos superiores grandes. Mallampati III. Escasa apertura oral y aceptable movilidad cervical” que es predictivo de una intubación dificultosa y como consecuencia de la misma la pérdida de alguna pieza dentaria como consta en el consentimiento informado”.

En la historia clínica aparece el consentimiento informado al que se refiere el Dr. M., en el que entre los riesgos típicos de la anestesia se hace constar que *“excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la traquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente”*.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

La instructora, mediante escrito fechado el 23 de abril de 2007, notifica la reclamación a la aseguradora y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

En la misma fecha dirige escrito a la interesada notificándole la admisión a trámite de su reclamación. Al mismo tiempo la instructora, a la vista de que no existe más prueba documental que la ya obrante en el expediente, otorga trámite de audiencia con el fin de que pueda formular las alegaciones y presentar la documentación que estime conveniente.

CUARTO.- La reclamante comparece en el trámite de audiencia mediante escrito de 9 de mayo de 2007, en el que, tras ratificarse en su reclamación, indica, en síntesis, lo siguiente:

1º. Que la pérdida y daño de piezas dentales fue consecuencia de la mala *praxis* seguida en la maniobra de intubación.

2º. Que el presupuesto de la reparación y restauración de dichas piezas dentales asciende a 2.500 euros.

3º. Que al escrito de alegaciones se une la siguiente documentación:

- a) Fotografía del aspecto de la zona afectada tras la intervención quirúrgica de la compareciente.
- b) Presupuesto de un odontólogo, por importe de 2.500 euros.
- c) Factura del mismo facultativo por importe de 250 euros, correspondiente al tratamiento provisional que ya le ha efectuado.

Solicita una indemnización de 2.550 euros y propone como prueba la documental consistente en dar por reproducidos los documentos que adjunta al escrito de alegaciones, así como la historia clínica de la intervención quirúrgica a la que se sometió en el HMM; y la testifical de la compañera de habitación en el citado Hospital durante el tiempo que permaneció ingresada, tras la operación en la que sufrió el daño bucal por el que reclama.

QUINTO.- Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, fundada, en síntesis, en que la paciente fue informada adecuadamente de los riesgos de la aplicación de la anestesia, entre ellos precisamente el que se produjo, la pérdida de dientes derivada de la colocación del tubo hasta la tráquea de la paciente, a pesar de realizarse con diligencia, lo que supone que ésta asumió los riesgos en cuestión y, en consecuencia, al no haber infracción a la *lex artis ad hoc* por los facultativos que la atendieron, no existe responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, conforme a reiterada jurisprudencia que cita.

SEXTO.- Mediante oficio registrado el 4 de julio de 2007, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues las actuaciones sanitarias a las que se imputa el presunto daño tuvieron lugar el 25 de agosto de 2006, y la acción ha de entenderse deducida el día 18 de enero de 2007, fecha en la que tuvo entrada la reclamación en el Registro General del SMS.

Con respecto al procedimiento instruido, han de hacerse las siguientes observaciones:

– En primer lugar, es necesario destacar la irregularidad que supone la acumulación llevada a cabo por la instructora de dos actos diferenciados de la instrucción del expediente: el de notificación de la admisión a trámite y concesión de plazo de prueba, y el de apertura del trámite de audiencia.

Una correcta instrucción hubiera obligado a separar dichas actuaciones. No obstante, esta irregularidad no tiene, en este caso, efecto invalidante debido a que se ha garantizado la necesaria contradicción en el expediente y no se han tenido en cuenta para resolver hechos o documentos diferentes a los que se pusieron de manifiesto a la reclamante mediante el escrito fechado el 23 de abril de 2007, no habiéndose causado, por tanto, indefensión de la interesada.

– En segundo lugar, hay que hacer notar que no se ha recabado en el expediente informe de la Inspección Médica. La omisión de este trámite, que viene siendo habitual en los expedientes sustanciados como consecuencia de reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, nos obliga a analizar su preceptividad en orden a determinar si ha existido vicio procedimental de carácter invalidante.

El artículo 10.1 RRP, exige que el órgano instructor solicite en todo caso informe del Servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, sin perjuicio de cuantos otros informes estime necesarios para resolver. El informe emitido por el Dr. M. L., Jefe del Servicio de Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor del Hospital Morales Meseguer, da satisfacción a esta previsión legal, ya que el daño por el que se reclama se concreta en una presunta incorrecta *praxis* en el proceso de intubación para administrar la anestesia. El informe de la Inspección Médica tendría, pues, un carácter facultativo para aquellos supuestos en los que el instructor lo considerase necesario o conveniente para resolver; naturaleza que encuentra su respaldo en el apartado IX.9.1 de la Circular 3/1999, de 30 de noviembre, de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, sobre Organización y Funciones de la Inspección Sanitaria -cuya aplicación opera en el ámbito autonómico con carácter supletorio al carecer, hasta el día de la fecha, de normativa propia-, en el que se afirma que la Inspección Médica “*elaborará los informes que le sean solicitados, en relación con los expedientes de Responsabilidad Patrimonial*”. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, del que este Consejo ha tenido conocimiento con ocasión de su Dictamen 166/2007, establece, en su artículo 15.6.a), como función de la Inspección de Servicios Sanitarios la de “*elaborar los informes técnico-sanitarios en los expedientes de responsabilidad patrimonial que se instruyan por el Servicio Murciano de Salud*”. Por lo tanto, de mantener su actual redacción, la aprobación y entrada en vigor del Decreto proyectado conferirá, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, carácter preceptivo a los informes de la Inspección de Servicios Sanitarios.

– En tercer y último lugar, se observa que, solicitada por la reclamante la práctica de una serie de pruebas documentales y testificales (escrito de 9 de mayo de 2007), el órgano instructor no se ha pronunciado sobre su pertinencia o no. Sin embargo, debe señalarse que esta omisión no es susceptible de producir indefensión. En efecto, una de las pruebas solicitadas no resulta necesaria, al haber sido remitida previamente por la Directora Gerente del HMM (historia clínica de la paciente); y en cuanto a la testifical consistente en declaración de la que

fue compañera de habitación de la reclamante en el HMM, no puede aportar datos nuevos distintos de los aceptados en el expediente, es decir, la realidad del daño alegado, pero no sobre si en la intubación se infringió o no la *lex artis ad hoc*.

TERCERA.- Sobre la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y el daño por el que se reclama indemnización: inexistencia.

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia, como extensamente razona la propuesta de resolución objeto de Dictamen, que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la *lex artis ad hoc* en la materia, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, resulta claro que la paciente fue informada adecuadamente de uno de los riesgos típicos de la aplicación de la anestesia, a pesar de lo cual aceptó la realización de dicho tratamiento y, por ende, asumió el riesgo que conlleva. Ciertamente, ello no eludiría la responsabilidad patrimonial si la aplicación de la técnica en cuestión se hubiera realizado sin las precauciones que demanda la praxis médica en estas ocasiones, pero ello no se ha probado.

Sin embargo, no puede predicarse tal diligencia en la cumplimentación del impreso utilizado para la plasmación del consentimiento informado a la administración de la anestesia, pues en el mismo no se hizo constar algo tan elemental como el nombre de la paciente (folio 5). Sin embargo, esta irregularidad podrá tener consecuencias disciplinarias, pero no virtualidad causal en los daños alegados pues es indudable que el consentimiento fue prestado por la paciente, ya que firmó el impreso en cuestión.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede desestimar la reclamación objeto del presente Dictamen, por lo que se informa favorablemente la propuesta de resolución que nos ocupa.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 176/07.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por la Consejería de Educación y Cultura en el expediente:”Modificado de la contratación de obras de construcción de un instituto de educación secundaria en Algezares (Murcia)”,con omisión del trámite de fiscalización previa.

Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)

Fecha: 26/12/07

Extracto de Doctrina

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos análogos al presente (así, Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002 y 190/2006), las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el facultativo representante de la Administración y posteriormente recibidas de conformidad, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 16 de enero de 2006 se formalizó el contrato relativo al expediente de “Obras de construcción de un Instituto de Educación Secundaria (12+4+0 Unidades) en Murcia-Algezares” por importe de 3 millones de euros. El plazo de ejecución de tales obras, según su cláusula quinta, era de siete meses y medio a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, suscrita el 15 de febrero del año 2006 con resultado favorable y afirmando la viabilidad de la ejecución del proyecto. El referido plazo de siete meses y medio fue una de las mejoras ofertadas por el contratista adjudicatario de la obra, toda vez que el plazo proyectado de las mismas era de nueve meses. El 1 de junio de 2006 se designó a A. B. A. como Director facultativo, por traslado de quien hasta entonces lo era.

SEGUNDO.- El 5 de julio de 2006 la empresa adjudicataria dirigió escrito al Director de las obras solicitando la sustitución del material de cerramiento previsto en el proyecto original (placas de hormigón armado prefabricado) por bloques prefabricados de hormigón blanco rugoso, entre otras razones para dar prioridad al cumplimiento del plazo comprometido por la empresa para la entrega de la obra a la Consejería, plazo que -se insiste- fue uno de los elementos objetivos utilizados como criterio de adjudicación, y ofertado como mejora dentro del concurso en el que la U.T.E. resultó adjudicataria.

TERCERO.- Con fecha 6 de julio de 2006 el Arquitecto Director formuló solicitud de autorización para la redacción del primer Proyecto Modificado de las obras referidas, señalando como causa que “*la ejecución del cerramiento de fachadas mediante placas prefabricadas de hormigón armado provoca multitud de juntas y un retraso en su ejecución. Principalmente para el cumplimiento del plazo de ejecución propone la sustitución de dicho cerramiento de fachada por bloques prefabricados de hormigón blanco rugoso, mejorando al mismo tiempo el acabado y posterior mantenimiento de la fachada*”. Solicita, así mismo, la suspensión parcial de las obras afectadas relativas a las fachadas.

CUARTO.- En esa misma fecha se dictó una Orden del Consejero autorizando a la dirección facultativa para que procediese a la redacción del proyecto modificado, y autorizando también la suspensión temporal parcial de las obras, de la cual se levantó la correspondiente acta el 7 de julio de 2006, haciendo constar: *“1. Quedan (las obras) suspendidas PARCIALMENTE con carácter TEMPORAL a partir de la fecha de hoy. 2. La suspensión afecta a elementos de cerramientos exteriores de fachadas. 3. Las obras no se reanudarán hasta que el órgano de contratación no resuelva (sic) sobre el proyecto modificado”*. El 29 de noviembre de 2006 el órgano de contratación autorizó la ampliación del plazo de ejecución de las obras en dos meses, al entender que el retraso en la ejecución del contrato no se ha debido a motivos imputables al contratista, y que *“la solicitud se ha producido antes de la terminación del plazo previsto en el contrato”*.

QUINTO.- El 15 de diciembre de 2006, el Director facultativo de la obra formuló el “Proyecto modificado nº 1 del Proyecto básico y de ejecución de un Instituto de Educación Secundaria (12+4+0 Uds.) en Murcia-Algezares”, por importe de 448.178,67 euros; mientras que lo inicialmente previsto era que sólo afectase a los cerramientos exteriores, introduce toda una serie de elementos que, con el fin de adaptar el proyecto a la realidad física de la parcela y mejorar el uso del edificio, abarcan movimientos de tierras, cambios en estructura, modificación de cerramientos, cubiertas, carpintería metálica, carpintería de madera, solados y alicatados, fontanería y urbanización.

SEXTO.- Sometido el Proyecto modificado a fiscalización por la Intervención General, ésta emite informe desfavorable con fecha 23 de abril de 2007, en el que se señala: *“En definitiva, tras el análisis de los motivos aducidos como justificativos del modificado, se observa que no parecen deberse a necesidades nuevas ni a causas imprevistas, sino más bien, en unos casos a errores del proyecto inicial, y en otros a mejoras respecto del mismo, no fundamentándose el ejercicio del “ius variandi” en la concurrencia de razones de interés público que lo legitimen. De las modificaciones propuestas hay alguna -como la relativa a la subida de la cota del Instituto en 85 cm y lo que ello conlleva- en la que de justificarse adecuadamente su necesidad y que no ha obedecido a causas que la Administración no deba soportar, sí concurriría el interés público que propiciaría la aprobación del modificado pues, lo contrario llevaría a ejecutar una obra “inservible”. Ahora bien, en las demás no es tan evidente ese interés público, aún cuando no se ponga en cuestión su conveniencia, pero esa es una causa diferente a la que legitima su empleo.”*

SÉPTIMO.- Con fecha 11 de junio de 2007 y mediante comunicación interior a la Secretaría General de la Consejería, el Director General de Enseñanzas Escolares reitera la idoneidad de proceder a la modificación del proyecto, motivándolo en la necesidad de escolarizar nuevos alumnos, necesidad ésta no prevista inicialmente.

OCTAVO.- Sometido el asunto a Dictamen del Consejo Jurídico como discrepancia de la Consejería con la Intervención General (art. 12.11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, LCJ), éste acordó, el 25 de junio de 2007, solicitar a la Consejería consultante que completase el expediente con el preceptivo informe que corresponde emitir a la Dirección de los Servicios Jurídicos en virtud de lo establecido en la letra ñ) del artículo 7.1 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Región de Murcia.

NOVENO.- Con fecha 24 de julio de 2007 el Consejero de Educación, Ciencia e Investigación, fundamentándose en razones excepcionales de interés público dispuso: *“PRIMERO.- Acordar la ocupación efectiva de las OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE UN INS-*

TITUTO DE EDUCACIÓN SECUNDARIA (12+4+0 UDS) EN MURCIA-ALGEZARES y su puesta en servicio por los motivos que en la presente Orden constan. SEGUNDO.- Que se levante la correspondiente Acta que será suscrita por el representante de la Administración en este acto, por el Director Facultativo de las obras y el contratista, debiéndose comunicar a la Intervención para su asistencia potestativa.”.

DÉCIMO.- El día 31 de julio de 2007 se procedió a la comprobación material de las obras referidas, teniendo como consecuencia la emisión de un acta en la que se señala textualmente: *“Tras proceder al reconocimiento de las obras y haber comprobado que las mismas, a pesar de haber finalizado, no se adecuan a lo previsto en el Proyecto original, se comprueba que hay modificaciones que podrían suponer un incremento de su coste. No obstante el órgano de contratación al amparo de lo dispuesto en el art. 168.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas decidirá lo que considere conveniente”.* Mediante Orden de 1 de agosto de 2007 el Órgano de contratación acordó la puesta en servicio para su uso público de las referidas obras, y el 10 de octubre de 2007 se acordó designar Arquitecto director de las obras a D. I. T. G..

UNDÉCIMO.- Sometido el expediente a Informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, con fecha 12 de noviembre de 2007 ésta se pronunció señalando lo siguiente: *“(…) el elemento objetivo de los actos se identifica con el contenido de los mismos. El acto administrativo dictado tiene que ser posible, lícito, determinado y adecuado a los fines perseguidos por el propio acto; si no reúne estos requisitos el acto será nulo de pleno derecho (así se recoge en los arts. 62.1 c) y d) y 53.2 LRJPAC). Por ello el acuerdo del Consejo de Gobierno, en este procedimiento incidental, tiene como objeto resolver la discrepancia levantando o no el reparo de la Intervención General para, en este segundo caso, permitir la adjudicación y ejecución del Provento Modificado nº 1 de las obras ya citadas. Dado que aquél ya ha sido ejecutado, en nuestra opinión, ha perdido su objeto el procedimiento.”.*

En la consideración jurídica tercera y basándose en la doctrina jurisprudencial conducente a evitar los enriquecimientos injustos que podrían ocasionarse a la Administración mediante los excesos en la ejecución de las obras, concluye el informe expresando lo que sigue: *“Entendemos por tanto que la Consejería deberá poner en marcha el procedimiento que legalmente corresponda para abonar las obras ejecutadas”,* sin prejuzgar cuál ha de ser tal procedimiento.

DECIMOSEGUNDO.- El 13 de diciembre de 2007 el centro gestor del contrato propone a la Intervención Delegada en la Consejería la aprobación de la certificación final por importe de 745.280,81 euros, y la autorización, disposición del gasto, el reconocimiento de la obligación y la propuesta de pago por el mismo importe, correspondiente a la citada certificación con cargo a la partida presupuestaria 15.04.00.422K.621.00 y proyecto nº 30455.

Con la misma fecha y junto con la propuesta de gasto se incorpora un “Informe sobre certificación final de las obras de construcción de un Instituto de Educación Secundaria (12+4+0 Uds.) en Murcia-Algezares”, en el que, a los efectos de denunciar la posible omisión de fiscalización, se pone de manifiesto que *“de la cantidad total (745.280,81 euros) a que asciende la certificación final, 299.931,14 euros corresponden a excesos de medición a los que se refiere el artículo 160 del Reglamento General de la Ley de Contratos, y el resto, es decir 445.349,67 euros, podrían corresponder a la ejecución material del Proyecto Modificado de las obras que no llegó a ser autorizado por el Órgano de contratación.”.*

Acompañando a ambos documentos se adjunta:

- Certificación final de las obras.
- Informe favorable de fecha 12 de diciembre de 2007 de supervisión de la misma.
- Factura de la empresa adjudicataria de 30 de noviembre de 2007 por importe de 745.280,81 euros.
- Relación valorada de las obras realizadas en la que se diferencian los importes que corresponden al proyecto inicial (3.000.000 euros), el exceso de medición (299.931,14 euros) y el importe que deriva de la ejecución del modificado no aprobado (445.349,67 euros).
- Documentos contables “ADOK” con importes 300.000 euros y 445.280,81 euros y números de referencia 111124 y 11131, respectivamente, con cargo a la partida presupuestaria 15.04.00.422K.621.00 del año 2007, que si bien no se corresponden cada uno con el importe del exceso de medición y del modificado, sumados sí que alcanzan a cubrir el importe de la certificación final.

DECIMOTERCERO.- El informe de la Intervención Delegada, de fecha 17 de diciembre de 2007, expone que se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCI), y de la Circular 1/98, de 10 de julio, de la misma, sobre tramitación y contenido de los informes a emitir cuando se observe la omisión de la fiscalización o intervención previa, por lo que no tiene naturaleza de fiscalización. Recuerda que, conforme a la doctrina del Consejo Jurídico en su Dictamen 50/1998, *“la cuantía que debe incluirse en la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno es, exclusivamente, la del importe de las obras que debieron ser objeto de una previa y formal autorización del gasto, lo que excluye aquellas que, según la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, pueden introducirse como “reajustes” sin necesidad de un previo expediente de modificación contractual”*. De este modo, según su criterio, el importe que ha de ser elevado al Consejo de Gobierno para que éste resuelva la hipotética omisión de fiscalización es el correspondiente a las partidas del modificado que, atendiendo al desglose incluido en la certificación final, es de 445.349,67 euros.

En cuanto a los incumplimientos normativos detectados expresa lo siguiente:

“Con carácter previo a la ejecución de las modificaciones del contrato se han omitido los trámites que se establecen a tales efectos por los artículos 59, 101 y 146 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No se ha producido la autorización del gasto para la ejecución del Proyecto Modificado a que se refiere el artículo 48.1.a del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre.

Se ha omitido la preceptiva previa fiscalización del gasto a que se refieren los artículos 90.1, 92.1 y 93.1 de la citada Ley de Hacienda. Así mismo, el representante de la Administración en la obra ha posibilitado la realización de actuaciones no incluidas en el contrato, lo que ha supuesto un incumplimiento de lo preceptuado en cuanto a competencia en materia de gestión de gastos en el artículo 49 de la Ley de Hacienda regional”.

Sobre las prestaciones percibidas por la Comunidad Autónoma indica que se acreditan documentalmente, por el centro gestor, las prestaciones realizadas y la conformidad a las mismas por parte de la Administración contratante, mediante certificación de obra expedida al efecto con fecha 30 de noviembre de 2007, así como factura de la empresa de esa misma fecha, debidamente conformada.

Finalmente, concluye que no sería conveniente instar la revisión de los actos por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente no sería inferior al de la certificación propuesta y todo ello teniendo en cuenta que la actividad realizada por el contratista se ha ajustado a las instrucciones dadas por el Director de las Obras dentro de una apariencia de legalidad, y sin perjuicio de lo señalado en el Apartado Segundo de la Consideración Tercera del presente informe.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 18 de diciembre de 2007 el Secretario General de la Consejería suscribe una Memoria que, según su título, es explicativa de la omisión de la preceptiva fiscalización previa.

DECIMOQUINTO.- De esa misma fecha es una propuesta de acuerdo que la Consejería consultante pretende elevar al Consejo de Gobierno para que éste permita reconocer la obligación con la empresa adjudicataria por un importe de 445.349,67 euros, correspondiente a la modificación del contrato no autorizada.

Y en este estado, la consulta tuvo entrada en el Consejo Jurídico el día 18 de diciembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones fundamentada en la omisión de la intervención previa de las mismas, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.12 LCJ.

SEGUNDA.-Procedimiento.

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha cumplido sustancialmente con las prescripciones que para este específico procedimiento se contienen en el ya citado artículo 33 RCI, aunque el contenido de la Memoria explicativa suscrita por el Secretario General sobre las circunstancias justificativas de la omisión no es congruente con su denominación, ya que en nada responde a ello.

TERCERA.- La procedencia de reconocer la obligación contraída con el contratista por la ejecución de obras no comprendidas en el proyecto objeto del contrato adjudicado.

Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos análogos al presente (así, Dictámenes 50/1998, 44/2000, 164/2002 y 190/2006), las obras efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el facultativo representante de la Administración y posteriormente recibidas de conformidad, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto,

so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de las obras ejecutadas y la expedición de la certificación final acreditan la conformidad administrativa con dichas obras. Es decir, se debe reconocer al contratista el derecho a la percepción de tales cantidades a título indemnizatorio, si bien por el procedimiento incidental originado por la alteración del desarrollo habitual del reconocimiento de las obligaciones de la hacienda pública regional.

De las actuaciones remitidas se desprende que por la Consejería consultante se encomendó a la contratista la realización de los trabajos objeto del expediente consultado. Como dijo este Consejo en el Dictamen 50/1998, de 15 de diciembre, tal actuación ha generado una obligación económica sustantiva con la empresa, por más que no se hayan cumplido los trámites preceptivos y formales del régimen jurídico aplicable a la relación contractual y tampoco los trámites propios del procedimiento de ejecución presupuestaria. Así, señala la STS (Sala 3ª) de 16 de mayo de 1986: *“Este enriquecimiento injusto, por razones de equidad o más bien por auténtica justicia conmutativa, sirve de cobertura al encargo efectivamente realizado (...) Se trata, como se ha dicho en ocasiones, de una conversión de actos o negocios jurídicos inexistentes o nulos de pleno derecho en la figura del cuasicontrato romano, subsistente en nuestro Código Civil (Art. 1887) para permitir la adecuada compensación económica y el equilibrio patrimonial de Administración y contratista. El simple hecho del enriquecimiento de aquélla, en detrimento de éste resulta así suficiente para generar la obligación de resarcimiento, nacida directamente de esta situación jurídica como constitutiva o sustitutoria de actos o contratos que no llegaron a nacer o que lo hicieron desprovistos de sus elementos esenciales”*.

En tales casos la invalidez de la actuación administrativa genera una obligación de abono de las obras o servicios, pero tal obligación de abono no tiene por título el contrato ni el encargo, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido el producto de tal encargo irregular (STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 30 de septiembre de 1999). Debe tenerse presente que el artículo 22.1 TRLH sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda regional en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen, acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes.

CUARTA.- Consideraciones adicionales

Lo anterior no debe impedir tener en cuenta, siquiera brevemente, que el expediente es fruto de un cúmulo de incumplimientos indeseables en el desarrollo un proceso normal de aplicación de la normativa de contratación y hacendística, en cuyo origen se encuentra que, desde la dirección de obra, se encargó la ejecución de modificaciones al proyecto sin tener en cuenta el aprobado por el órgano de contratación, ejercitando indebidamente las competencias de éste.

Por ello, estima el Consejo Jurídico que debería incoarse el procedimiento al que se refiere el artículo 145.2 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De las actuaciones obrantes en el expediente remitido se desprende que en el contrato de obras de referencia se han introducido modificaciones sin haber sido aprobadas previamente por el órgano de contratación y habiéndose omitido el preceptivo trámite de fiscalización previa del gasto que la ejecución de tales obras comportaba, no obstante lo cual se ha generado una obligación económica con el contratista cuyo reconocimiento puede ser autorizado por el Consejo de Gobierno en la cantidad de 445.349, 67 euros.

SEGUNDA.- Procedería también incoar el procedimiento a que se refiere el artículo 145.2 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 177/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a E. V. D., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 26/12/07

Extracto de Doctrina

Como reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina de los distintos órganos que configuran la Administración consultiva estatal y autonómica, el instituto de la responsabilidad no puede concebirse de tal modo que comporte una indemnización por daños derivados de cualquier evento por el mero hecho de que se produzca en una vía pública, será necesario, además, que quede acreditado, en relación con el presente supuesto, que aquella no se encontraba en las debidas condiciones de seguridad y que la Administración no ha sido ajena al evento dañoso.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de agosto de 2006, D. E. V. D. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños personales sufridos como consecuencia del accidente de circulación que tuvo lugar el 18 de junio de 2003, cuando circulaba por la carretera F-41, La Unión-Roche, que atribuye al mal estado de la calzada. A este respecto describe: “*el 18 de junio de 2003, a las 8,15 de la mañana, me encontraba circulando a la altura del kilómetro 00,30 de la carretera F-41 (...), término municipal de La Unión, cuando como consecuencia de un escalón lateral de tierra el cual no se encontraba señalizado, mi vehículo Opel Astra, matrícula X, volcó. Como consecuencia de los anteriores hechos, yo resulté con heridas graves, necesitando tratamiento médico y quirúrgico*”.

Solicita la cantidad de 120.344 euros, que desglosa en las siguientes partidas:

- 2.956,66 euros (49 días hospitalarios a razón de 60,34 euros/día).
- 8.138,64 euros (166 días improductivos a razón de 49,03 euros/día).
- 24.312,38 euros (23 puntos de secuelas concurrentes a razón de 1.057,06 euros).
- 4.424,22 euros (6 puntos de perjuicio estético a razón de 737,37 euros).
- 80.511,76 euros por incapacidad total.

Finalmente acompaña la siguiente documentación:

- Informe clínico de Alta del Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 41).
- Informe médico del Hospital G. B. D. de 27 de mayo de 2004 (folio 39).
- Informes de Alta del Hospital Santa María del Rosell de 8 de marzo y 2 de junio de 2005 (folios 37 y 38).
- Resolución de la Dirección Provincial del Instituto de la Seguridad Social (INSS), de 8 de noviembre de 2005, sobre la calificación de la interesada como incapacitada permanente en grado total para el ejercicio de la profesión habitual.
- Informes de los servicios de rehabilitación del Hospital Santa María del Rosell y del Centro de Fisioterapia y Rehabilitación Funcional “C., S.L” (folios 32 y 33).
- Copia del Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil núm. X (folios 25 a 31).
- Informe de valoración de los daños personales y secuelas elaborado por la empresa E. (folios 18 a 24).
- Fotografías del lugar de los hechos.

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2006 se requiere a la interesada para que subsane y mejore el escrito de reclamación, aportando la documentación a que se refiere el oficio obrante en los folios 50 a 53, siendo cumplimentada el 29 de diciembre de 2006 por D. M. Á. C. M., en su representación, acompañando copia compulsada de la indemnización recibida de la compañía M. por la condición de funcionaria (Policía Local) de la reclamante, con cargo a la póliza suscrita con el Ayuntamiento de Cartagena; además propone la declaración de un testigo, y manifiesta que se iniciaron por estos mismos hechos Diligencias Previas núm. X por el antiguo Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena, las cuales fueron archivadas por Auto de 19 de junio de 2003 sin que fueran recurridas por la parte reclamante.

TERCERO.- Con fecha 4 de enero de 2006 se emite informe por el Jefe de Sección de Conservación I, con el visto bueno del Jefe de Servicio, de la Dirección General de Carreteras, que incide en los siguientes puntos:

“A).- No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación patrimonial, por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del accidente.

B).- Según lo expuesto en el Atestado de la Guardia Civil de Tráfico, la Causa Principal o Eficiente del accidente es “el deslumbramiento provocado por el sol” y teniendo en cuenta que la carretera estaba señalizada a 40 Km/h con señales tipo TR-301 (fondo amarillo) que indica además que se trata de un tramo de carretera en obras, así como señales tipo TP-50 (Otros peligros) y TR-305 (Prohibido adelantar), se podría considerar la posibilidad de una actuación inadecuada de la perjudicada, dado que no se tiene constancia en esta Dirección General de Carreteras de otros accidentes en ese tramo de carretera ni avisos de la Guardia Civil de Tráfico por falta de señalización u otras causas durante el plazo de ejecución de las obras.

Por otra parte, la carretera tiene una IMD de 1.200 vehículos/día aproximadamente y en ningún momento se produjeron accidentes similares durante la ejecución de las obras en

el tramo de carretera en cuestión, por lo que salirse de la calzada por la margen contraria a la de circulación y a una velocidad máxima de 40 km/h parece una actuación inadecuada de la perjudicada.

Además, según el Atestado, la perjudicada trata de recuperar la trayectoria por un punto de la carretera que no tiene acceso desde las fincas colindantes, circunstancia que a 40 km/h se advierte perfectamente, y parece que rectifica su trayectoria sin comprobar el punto por donde debería hacerlo, impactando con un “talud terrizo” que provoca el vuelco del vehículo y todo ello en la margen contraria al sentido de circulación, por lo que aún existiendo cualquier otro tipo de señalización vertical nunca hubiera sido advertida por la perjudicada, lo que hace suponer una actuación inadecuada de la perjudicada al tratar de incorporarse a la carretera para recuperar el sentido correcto de circulación por un punto que no tiene acceso desde los laterales.

C).- No existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar.

D).- No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

E).- No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras Administraciones, contratistas o agentes.

F).- No se ha realizado ninguna actuación en este tramo de carretera relacionada con el evento lesivo.

G).- El tramo de carretera donde ocurrió el siniestro estaba señalizado con la siguiente señalización vertical con fondo amarillo indicativa de tramo de obras:

- 1.- Señales tipo TR-301 (40 KM/H)*
- 2.- Señales tipo TP-50 (Otros peligros) y*
- 3.- TR-305 (Prohibido adelantar).*

H).- No se pueden valorar los daños causados.

I).- No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.

J).- Dado que la perjudicada manifiesta que conoce el estado de la vía, es decir “en obras”, parece que no advierte que trata de incorporarse a la carretera por un tramo en el que existe diferente rasante con respecto a los laterales de la misma, es decir, por un tramo sin accesos a la carretera, y que a una velocidad de 40 km/h parece difícil que un vehículo vuelque solamente por impacto con un “talud terrizo” de 60 cm. de altura y que no se adviertan las circunstancias de la carretera.

Por último, la perjudicada manifiesta que:

- 1.- Se deslumbra con el sol y que al bajar el parasol se da cuenta que*
- 2.- Circula por el carril contrario, por lo que parece que*
- 3.- Pierde el control del vehículo y se sale de la carretera,*

4.-Incorporándose por un punto sin acceso a la misma, produciéndose el vuelco del vehículo y todo ello se supone que a una velocidad inferior a 40 km/h con un vehículo modelo OPEL ASTRA.

Por lo que según todo lo aquí expuesto no se deduce que el accidente haya tenido que ver con las condiciones de la carretera ni con la señalización vertical ni con la diferente altura de rasante de la carretera con los terrenos laterales, por lo que todo parece indicar que el accidente se produce por una actuación inadecuada de la perjudicada”.

CUARTO.- El 10 de enero de 2007 se recaba del Destacamento de Cartagena de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil copia de las diligencias instruidas como consecuencia del accidente, siendo cumplimentado por su Teniente Jefe el 16 de enero siguiente, en el sentido de señalar que el Atestado fue entregado al Juzgado de Instrucción núm. Dos de Cartagena el 19 de junio de 2003.

QUINTO.- Citado el testigo propuesto por la parte reclamante y requerido su representante para que formule el pliego de preguntas que desea formular, se practica el 12 de febrero de 2007, según el acta que obra en los folios 99 y ss., en el que el testigo reconoce, a preguntas del órgano instructor, que es cuñado de la reclamante y que tiene amistad íntima con la misma.

A las preguntas formuladas por el letrado de la reclamante contesta del modo siguiente:

“Con exhibición de las fotos que obran en el expediente.

1ª.- Que conoce el lugar que se muestra en las fotos.

Si lo conozco.

2ª.- Que el verano de 2003 usted trabajaba cerca de dicha carretera.

Si.

3ª.- a). Que sobre las 9:00 horas del día 18 de junio, S. V., hermana de la lesionada, le avisó que su hermana E. acababa de tener un accidente al lado de su centro de trabajo y que se acercara para recoger la documentación del vehículo.

Si.

b).- Que el vehículo ya no estaba.

Si.

4ª.- Podría indicar en las fotos donde se encontraba los restos del vehículo.

Si (lo indica en presencia de este órgano instructor).

5ª.- Que en el lugar del accidente tal y como se aprecia en las fotos no había ninguna indicación de la existencia de un desnivel en la carretera.

Si, no había.

6ª.- Que cuando estaba haciendo las fotos llegaron los empleados de carreteras y se pusieron a indicar con pinochos y demás indicadores la existencia del desnivel, así como a cortar el tramo de carretera donde estaba el montón de piedras.

Si.”

Respecto a las repreguntas que formula el órgano instructor responde:

“1º ¿Fue usted testigo del accidente ocurrido a D. E. V. D. el día 18 de junio de 2003 en la carretera F-41 La Unión-Roche?.

No, no fui testigo.

2° ¿Qué vio exactamente?

Vi los restos del accidente. Me crucé con la ambulancia. Mi trabajo está a 200 metros. Acudí cuando me llamaron para hacer las fotos.

3° ¿Cómo estaba la carretera?

Sin los pivotes de señalización, ni las barras que se ven en la foto. No había ninguna señalización.

4° ¿Qué tipo de señalización había?

Limitación de velocidad a 40 km/h en color amarillo de obras, la de dirección de la vía.

5° ¿Estaba señalizado la existencia de obras?

Sí estaba señalizada la existencia de obras, lo que no estaba señalizado era la existencia de un escalón lateral.

6° Según su criterio ¿el grosor del escalón lateral era de qué altura?

Medio metro.

7° ¿Con qué frecuencia utilizaba esta carretera?

A diario.

8° ¿Cuánto tiempo estuvo en esta situación la vía?

El escalón lateral dos días sin señalizarse”.

SEXTO.- El 13 de febrero de 2007, el representante de la reclamante propone nuevos medios de prueba, concretamente, la testifical de los dos guardias civiles instructores del Atestado, así como del Jefe de Servicio de Urgencias del Hospital Naval de Cartagena. Mediante acta expedida el 21 de marzo de 2007, el órgano instructor hace constar la incomparecencia de los dos agentes de la guardia civil para la práctica de la testifical, que suscribe también el letrado actuante. Posteriormente se recibe escrito del Jefe del Destacamento de Cartagena explicando la situación administrativa de ambos agentes y justificando su inasistencia a la práctica de la prueba citada. También se hace constar por la instructora la imposibilidad de localizar al facultativo propuesto por la parte reclamante del Hospital Naval de Cartagena.

SÉPTIMO.- Otorgado trámite de audiencia a la interesada se presenta escrito de alegaciones, que se contrae a rebatir el informe de la Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras, reiterando que sí existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento de la Administración pues las obras no estaban señalizadas. Sobre la causa recogida por el Atestado (deslumbramiento de la conductora) afirma que es sólo una apreciación de la Guardia Civil, no reconocida por la perjudicada, ya que nadie fuera del equipo médico y familiares habló con ella. Afirma que el hecho de que se deslumbrara no es culpa de la interesada y sí de la Administración el que no estuviera señalizado un desnivel de 0,60 metros. También sostiene, en el caso de que se pudiera entender algún tipo de responsabilidad de la víctima, que ésta sería en grado mínimo.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 15 de junio de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

NOVENO.- El 22 de junio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA. Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante, al sufrir los perjuicios que imputa a la actuación administrativa consistente en una falta de señalización de los elementos de una vía pública dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Reglamento de de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

II. En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento y, especialmente, del informe de la Dirección General de Carreteras, dicha legitimación corresponde a la Administración regional.

III. En lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, tanto el artículo 142.5 LPAC como el artículo 4.2 RRP disponen que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el supuesto examinado el accidente se produjo el 18 de junio de 2003 y la reclamación fue presentada el 2 de agosto de 2006. En un principio, atendiendo a dichas referencias temporales, podría decirse que la reclamación es extemporánea. La misma conclusión se alcanzaría si se atiende a las actuaciones judiciales con eficacia interruptiva para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, según doctrina jurisprudencial consolidada recogida por el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 71/2005), puesto que el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena, de 19 de junio de 2003, acordando el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones, fue declarado firme, con reserva de acciones para la interesada, mediante Providencia de 16 de marzo de 2004, disponiendo la reclamante del plazo de un año, desde esta última fecha, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, el artículo 142.5 LPAC también establece, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, que el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas y, en fecha posterior a las actuaciones judiciales precitadas, se realizaron la segunda operación a la interesada para la colocación de una barra

pélvica (el 31 de mayo de 2005) y las sesiones de rehabilitación en el Hospital Santa María del Rosell (desde el 6 de julio hasta el 12 de agosto de 2005). Asimismo el 8 de noviembre de 2005 se dictó la Resolución del INSS, reconociendo la incapacidad permanente total para la profesión habitual de policía local.

En consecuencia, de tomarse como *dies a quo* estas últimas actuaciones, la acción, que fue ejercitada el 2 de agosto de 2006, se habría interpuesto dentro del plazo de un año indicado con anterioridad.

IV. El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes se ha ajustado, en términos generales, a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes RRP, habiendo intentado el órgano instructor la práctica de todas las pruebas propuestas por la parte reclamante, sin que haya sido cuestionado el resultado de dicho trámite por el letrado actuante en su escrito de alegaciones. No obstante también cabe poner de manifiesto cierta irregularidad que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente para anular las actuaciones, debe ser objeto de consideración por la Consejería proponente, como ha indicado con anterioridad el Consejo Jurídico (por ejemplo, Dictamen núm. 150/2006). Así, a lo largo del procedimiento, se ha variado de instructor/a, sin que conste en el expediente ni la inicial atribución de tal condición ni su posterior modificación y notificación a la interesada, lo que podría ser contrario al derecho reconocido por el artículo 35, letra b) LPAC, que otorga al ciudadano el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

V. Pese a que la propuesta de resolución (Antecedente Décimo) recoge que se ha solicitado del juzgado el correspondiente testimonio de las actuaciones (existe un error respecto al juzgado y municipio), no obra el oficio en el expediente, a diferencia del dirigido al Destacamento de Cartagena de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, que fue cumplimentado en el sentido de señalar que el Atestado fue remitido al antiguo Juzgado de Instrucción Núm. Dos de Cartagena el 19 de junio de 2003 (folio 88). En el caso de que no se hubiera solicitado testimonio de las actuaciones al juzgado correspondiente, lo que no impide entrar a considerar el fondo de la pretensión, dado que obra en el expediente la copia del Atestado y el Auto de archivo aportado por la reclamante, convendría que se cumplimentara puesto que la copia existente aparece con alguna anotación a mano (folio 26) debiendo figurar el documento sin añadiduras.

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

El principio de responsabilidad de la Administración ha adquirido rango constitucional al acogerse en el artículo 106.2 CE, en el que se afirma que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza de mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El desarrollo de las previsiones constitucionales se encuentra en los artículos 139 y siguientes LPAC, según los cuales la responsabilidad patrimonial de la Administración supone la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En el supuesto enjuiciado, cabe apreciar la presencia de un daño real, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en la persona de la reclamante, como consecuencia del accidente sufrido el 18 de junio de 2003, a consecuencia del cual la conductora sufrió disyunción pélvica por fractura compleja de la pelvis, siendo intervenida en dos tiempos para su reconstrucción, dejándole como secuela la limitación para esfuerzos físicos de prensa abdominal y para deambulación prologanda (folio 11).

Por lo que respecta al nexo causal, hay que recordar que éste es el elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial y que, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina tanto del Consejo de Estado como del Consejo Jurídico, consiste en que la lesión sufrida sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público: *“Lo esencial en casos como el presente -se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado 5.265/1997- es que se pruebe que la acción de la Administración jugó un papel relevante en la producción del daño, de suerte que a falta de esta acción administrativa no se hubiera producido aquél (“sublata causa, tollitur effectus”)*”.

En relación con las carreteras, a los poderes públicos les corresponde mantener en las debidas condiciones de uso y seguridad las vías públicas y los elementos que en ellas se hallan, recayendo sobre la Administración titular de dichas vías la responsabilidad que corresponda en el supuesto de que, por omitir dicho mantenimiento, se produjeran daños a los usuarios.

Ahora bien, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina de los distintos órganos que configuran la Administración consultiva estatal y autonómica, el instituto de la responsabilidad no puede concebirse de tal modo que comporte una indemnización por daños derivados de cualquier evento por el mero hecho de que se produzca en una vía pública, será necesario, además, que quede acreditado, en relación con el presente supuesto, que aquélla no se encontraba en las debidas condiciones de seguridad y que la Administración no ha sido ajena al evento dañoso. Circunstancias todas ellas que, de acuerdo con los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 RRP, corresponde probar a la reclamante, sin perjuicio de que la Administración deba colaborar con todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

La reclamante atribuye a la Administración regional una actuación negligente por falta de señalización de las obras, concretamente, de un escalón lateral de tierra que provocó que volcara su vehículo. Sin embargo, pese a sus manifestaciones, no se ha probado en el procedimiento que la causa adecuada o eficiente del daño se corresponda con la actuación de la Administración regional, sobre la base de los datos suministrados por el Atestado de la Guardia Civil de Tráfico, croquis del accidente y aspectos no controvertidos por la parte reclamante del citado Atestado, en atención a las siguientes razones:

1ª) La carretera F-41 (La Unión-Roche), en la que se produjo el accidente el 18 de junio de 2003, a las 8,15 horas, se encontraba temporalmente en obras, existiendo un carril de circulación para cada sentido de 2,90 metros cada uno. Los Guardias Civiles que instruyen el Atestado observan “*señal de limitación de velocidad específica a 40 Km/h. para todo tipo de vehículos; peligro indefinido (estado del firme), y señal de prohibido adelantar en el tramo de obras, aproximadamente 200 metros*” (folio 29, sobre señalización vertical).

Un primer dato relevante que se extrae del Atestado, como recoge el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras, es que la carretera se encontraba señalizada a 40 km/h. con señales tipo TR-301 (fondo amarillo), que indica que se trata de un tramo en obras, así como señales tipo TP-50 (otros peligros) y TR-305 (prohibido adelantar).

Pese a que la reclamante, en su escrito de alegaciones, trata de cuestionar este dato, en realidad su manifestación acerca de la ausencia de señalización ha de entenderse referida a la horizontal (al estar el tramo en obras) pues cita exclusivamente al Atestado en este punto, pero omite la parte del mismo que recoge la señalización vertical indicada con anterioridad. El propio testigo propuesto por la parte reclamante, en contestación a una repregunta del órgano instructor, afirma la existencia de señalización de las obras, aunque no la haya captado en las fotografías que hizo del lugar del accidente ni se desprenda de ellas el sentido de la circulación de la reclamante. La anterior observación sobre las fotografías aportadas tiene gran relevancia, en tanto las señales indicadas se encontraban ubicadas muy próximas al inicio de un tramo curvo por donde el vehículo se salió, según el croquis de la Guardia Civil (folio 25).

Por tanto, de este primer dato se extrae que la Administración no incumplió su deber de instalar y conservar en la carretera las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

2ª) Un segundo dato, de singular relevancia, que también se contiene en el Atestado y que no ha sido cuestionado por la parte reclamante, es que el vehículo de la interesada se salió de la vía por el margen izquierdo de la calzada (en un tramo que se configura curvo), y que recorrió unos metros por un camino terrizo adyacente (7,60 metros), según dos huellas de rodadura y que “*posteriormente desaparecen al impactar el vehículo con su frontal sobre el talud terrizo de la plataforma de la vía, que al ser de tierra y grava provoca el vuelco del turismo sobre su lateral izquierdo*” (Atestado, huellas relacionadas con el accidente, en el folio 28).

Ciertamente, en un tramo de carretera en obras, si un vehículo se sale de la vía por donde debe circular, está dentro de las hipótesis el que pueda colisionar con un vehículo que circule en dirección contraria o con cualquier elemento existente y, en este caso, tras salirse de la calzada, por razones que discute pero no aclara el letrado actuante, y circular por un camino terrizo lateral, chocó con una plataforma elevada en obras (de 0,60 metros aproximadamente), según el Atestado, como corrobora el testigo al hacer referencia a un escalón lateral (medio metro). Cabría plantearse si la Administración, pese a la señalización anteriormente indicada, tenía la obligación de advertir específicamente la existencia de esta plataforma (también llamada talud terrizo por el técnico de la Dirección General de Carreteras, o desnivel por la reclamante). A este respecto ha de tenerse en cuenta que la conductora

chocó con dicha plataforma que se encontraba en la parte contraria al sentido de la circulación hacia La Unión donde se dirigía cuando se salió de la calzada, como refleja claramente el croquis de la Guardia Civil (folio 25). Del mismo modo queda claro en el Atestado que el desnivel al que se refiere la reclamante y con el que colisionó no se encontraba en la vía de circulación, sino en un camino terrizo adyacente correspondiendo a la plataforma de la vía o talud terrizo que, en ningún caso, debía estar señalizado como una carretera transitable, pues a través de él no se podía acceder a la vía al tratarse de una zona en obras.

En consecuencia, de los datos contenidos en el Atestado se infiere que la reclamante se salió de la calzada por el margen izquierdo y, tras recorrer un camino terrizo adyacente, chocó con el talud de la plataforma de la vía.

3ª) Sobre la causa que motiva que la conductora –conocedora de la carretera– se saliera de la vía, a una hora de la mañana con luz (8,15 horas en el mes de junio), la única hipótesis que se maneja en el expediente por parte de la Guardia Civil es un deslumbramiento por el sol, reproduciendo la siguiente conversación mantenida por la interesada con la fuerza instructora:

“Circulaba con su hija de Roche hacia la Unión y al llegar a la altura de la curva a la derecha próxima a la Unión se ha deslumbrado con el sol, entonces al bajar el parasol del vehículo se ha dado cuenta que invadía el carril contrario y ha intentado rectificar su trayectoria pero ha chocado con la plataforma de la vía y ha volcado. Preguntada por la velocidad a la que circulaba manifiesta que no la recuerda, pero que no iba muy deprisa dado que conoce el estado de la vía y las piedras sueltas no permiten ir de prisa. Preguntada si ha tomado algún medicamento, alcohol o sustancia que pudiera mermar sus facultades para la conducción, manifiesta que no ha tomado nada, que se encuentra “embarazada” y pretendía acudir a una revisión médica en la Unión”.

Sin embargo, pese a que el letrado actuante cuestiona estas manifestaciones considerando que es una apreciación de los instructores del Atestado, pues nadie fuera del equipo médico o familiares habló con ella, ninguna razón aporta, en relación con el funcionamiento del servicio público, que justifique que la interesada se saliera de la vía y fuera a colisionar con la plataforma de la misma. Por tanto, su alegato a la falta de señalización de dicha plataforma o talud, en que fundamenta exclusivamente su pretensión, sólo tendría sentido si efectivamente la interesada hubiera intentado acceder de nuevo a la vía, desde dicho camino de terrizo lateral, aunque desde un punto sin acceso a la misma como se ha indicado con anterioridad.

A este respecto conviene recordar dos aspectos significativos que atañen a los deberes de conducción: la adecuación de la velocidad a las circunstancias de la vía y la detención del vehículo dentro del campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse (la plataforma tenía una altura de 0,60 metros, claramente perceptible para cualquier conductor). Así se recoge en el artículo 19.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, ya citado: *“Todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse”.*

En cierto modo el letrado actuante reconoce implícitamente una actuación inadecuada de la reclamante cuando señala que, en el caso de que se pudiera entender algún tipo de responsabilidad de la víctima, ésta sería mínima.

En este punto interesa recordar el concepto de nexo causal definido por la jurisprudencia a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 6 de noviembre de 1998): *“el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para reducir el resultado final y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una “conditio sine qua non”, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”*.

En consecuencia, siendo la causa adecuada o eficiente del daño la salida de la reclamante de la vía por donde circulaba y el intento de acceder a la misma por un punto sin acceso, no se ha acreditado que el daño sea atribuible a la actuación de la Administración regional, que cumplió con los deberes generales de señalización como más arriba se indica.

Este pronunciamiento hace innecesario que deban realizarse posteriores consideraciones sobre la cuantía y modo de indemnización, aunque sí puede señalarse que la reclamante valora su petición con el baremo del año 2006, cuando el accidente se produce en el año 2003, no siendo posible realizar pronunciamiento sobre algunos extremos, carentes de justificación documental.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 178/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D. R. A. B., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 26/12/07****Extracto de Doctrina**

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “funcionamiento” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “no funcionamiento” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 21 de septiembre de 2004, D. R. A. B. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos por el vehículo de su propiedad (matrícula X), conducido habitualmente por D. D. F. L. G. (en lo sucesivo conductor habitual).

Describe los hechos del siguiente modo:

“Que el pasado día 26 de febrero de 2004, cuando circulaba el citado conductor con el vehículo arriba consignado por la carretera MU-414, a la altura de la empresa G. A. (...) cayó en un socavón que había sentido Santomera, dejando la llanta de la rueda delantera derecha de mi vehículo inservible. El citado agujero de la calzada era de un metro aproximado de diámetro por unos diez o quince centímetros de profundidad”.

Manifiesta que con anterioridad se había iniciado otro procedimiento (expediente RP-X) por estos mismos hechos, a instancias del conductor habitual, que había sido desestimado por la Consejería consultante al no ser el propietario del vehículo accidentado.

Acompaña una serie de documentos, entre ellos, la documentación del vehículo, el pago por el conductor de la prima del seguro correspondiente al periodo de 1 de agosto de 2004 a 1 de agosto de 2005 y la factura de la reparación también abonada por aquél. Asimismo consta una denuncia del conductor por el accidente de tráfico ante las Dependencias del Subsector de Tráfico de la Guardia Civil en Murcia el 2 de marzo de 2004, en la que consta el relato de los hechos.

Por último solicita la cantidad de 167,60 euros por los daños materiales sufridos.

SEGUNDO.- La instructora extiende una diligencia el 8 de octubre de 2004 para hacer constar el desglose y traspaso de determinados documentos del expediente X, iniciado a instancias de D. D. F. L. G. (conductor habitual del vehículo), que se resolvió mediante Orden de 9 de julio de 2004 inadmitiendo la reclamación por falta de legitimación, al expediente X ahora iniciado, a instancias de quien figura en aquel momento como propietario del vehículo.

Entre los documentos que se incorporan al expediente X obran los siguientes si bien con deficiente reproducción:

- El Atestado de la Guardia Civil de Tráfico (Diligencias X).
- Informe del Ingeniero Técnico Jefe del Parque de Maquinaria, de 29 de marzo de 2004, que valora la indemnización en 149,83 euros.
- Pago de la prima del seguro correspondiente a la fecha en la que ocurrieron los hechos, así como la póliza suscrita por el conductor del vehículo accidentado el 1 de agosto de 2001.

TERCERO.- Recabado el informe de la Dirección General de Carreteras es emitido por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, Sector Murcia, el 1 de junio de 2004, en el sentido de indicar que la carretera es de titularidad autonómica y el lugar en que se produjo el accidente se corresponde con el p.k. 5,500 de dicha carretera. También que sobre los hechos acaecidos le corresponde emitir informe al Servicio de Proyectos y Construcción, al encontrarse en obras la carretera y sus zonas anejas.

CUARTO.- Previa petición de la instructora el 8 de octubre de 2004 y el 18 de enero de 2005, el Ingeniero de Caminos, director de las obras, emite informe señalando que el socavón que se recoge en el Atestado de la Guardia Civil no es consecuencia de las obras, sino del deterioro del firme anteriormente existente.

QUINTO.- Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no presenta alegaciones, tras lo cual, se dicta propuesta de resolución el 20 de julio de 2007, en el sentido de estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía solicitada.

SEXTO.- Con fecha 31 de julio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser en aquel momento titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad (MU-414), por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

II. La reclamación se ha formulado dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y en el reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en lo sucesivo RRP), salvo en el plazo máximo para resolver, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.3 del citado reglamento. A este respecto cabe insistir en las observaciones realizadas en anteriores Dictámenes sobre la necesidad de impulsar de oficio el procedimiento en todos sus trámites (artículo 74.1 LPAC), como se puso de manifiesto en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2002 (página 54), más aun cuando se disponía en el presente caso del Atestado de la Guardia Civil que reconocía la existencia del socavón, que señaló, así como la rotura de neumáticos de tres vehículos, entre los que se cita al del reclamante, y que ha motivado que la Consejería haya tramitado otros expedientes de responsabilidad patrimonial por los mismos hechos, por ejemplo, el que fue objeto de nuestro Dictamen núm. 136/2007.

IV. Según declara el reclamante, a petición del órgano instructor, no se siguen por los mismos hechos otras reclamaciones en vía penal o civil.

TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras, y los daños por los que se reclama.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación se fundamenta en una omisión de la Administración, que debería haber eliminado o, al menos, señalado, el socavón a que se refiere la reclamación, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, el reclamante solicita el abono de los gastos causados por el accidente, que se debió a una deficiencia viaria.

En el caso que nos ocupa, ha de considerarse acreditado la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, a través del Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, que recoge como causa del accidente “el mal estado de la calzada debido a la existencia de un bache de 1 metro de diámetro por 0,20 centímetros de profundidad”, como así ha reconocido el Dictamen núm. 136/2007 respecto a otro expediente de responsabilidad patrimonial que tiene su origen en el mismo socavón. Por otra parte, no puede considerarse que en la producción del daño concurría un exceso de velocidad, ya que nada se ha instruido al efecto.

CUARTA.- La cuantía de la indemnización.

Pese a que el informe del Parque de Maquinaria considera excesivo 21,68 euros por cambio de llanta y que el concepto de rueda en la factura es un tanto ambiguo, proponiendo una indemnización alternativa de 149,83 euros, el Consejo Jurídico coincide con la

propuesta de resolución que ha de ser abonada al interesado la cantidad efectivamente desembolsada, según la factura, que asciende a 167,60 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En todo caso convendría que se notificara también la resolución estimatoria de la reclamación al conductor del vehículo, a cuyo nombre figura la factura de reparación pagada y la póliza del vehículo, quien manifestó, por escrito de 21 de septiembre de 2004, que se le había realizado la transferencia del vehículo propiedad de D. R. A. B. (folio 13).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización debe atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 179/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a A. P. S., como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.

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

Fecha: 28/12/07

Extracto de Doctrina

El Tribunal Supremo ha declarado en repetidas ocasiones que “...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama” (entre otras, Sentencia de 29 de junio de 1988).

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de septiembre de 2005 tiene entrada, en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, escrito del Excmo. Ayuntamiento de Yecla al que adjunta expediente de responsabilidad patrimonial tramitado como consecuencia de reclamación formulada por D. A. P. S., integrado por los siguientes documentos:

1. Escrito de la interesada presentado en el Registro del citado Ayuntamiento el día 11 de marzo de 2004, en el que manifiesta que el día 5 de ese mismo mes y año, cuando circulaba por el tramo de carretera que une la Feria del Mueble con la localidad de Caudete, en que se estaban ejecutando unas obras, *“habían unas vallas para acordonar la obra y alguien había quitado una valla para poder pasar, con lo cual cuando yo pasé creí que se podía pasar, no era así y al coche se le hechó (sic) encima una de esas vallas ocasionándole un ralla (sic) en la chapa de unos 40 cms.”.*

2. Comparecencia de D. J. L. P., esposo de la reclamante y propietario del vehículo Chrysler Voyager, matrícula X, por la que autoriza a D. A. P. S. a interponer, en su nombre, reclamación por los daños sufridos en el vehículo antes indicado.

3. Documentación complementaria presentada por la Sra. P. en comparecencia efectuada el siguiente día 1 de abril, consistente en fotocopias:

- a) Del DNI del propietario del vehículo.
- b) De la póliza y recibo del seguro.
- c) Del permiso de circulación y de la Tarjeta de Inspección Técnica del automóvil siniestrado.

4. Informe del Arquitecto Técnico Municipal en el que se indica lo siguiente:

“Que, se trata de la obra de urbanización de la Ronda Norte, que no está siendo realizada por este Ayuntamiento, por lo que en principio, es competencia de la Dirección General de Carreteras.

Que no obstante, también es de resaltar que si “alguien había quitado una sola valla”, la apariencia de prohibido pasar era evidente, e incluso, queda en evidencia la pericia de la conductora.

Que lo que sí parece claro es que no es de incumbencia municipal”

5. Alegaciones de la reclamante en el preceptivo trámite de audiencia que se le otorgó, mediante las que pone de manifiesto:

“1º. En el momento que yo pasé por allí a las 13’45 h. del mediodía había no mucho, muchísimo tráfico (claramente sin organizar) las vallas que Uds. debían tener cerrando las obras para que no hubiera duda de que por esa vía no se podía pasar estaban ladeadas dando lugar a dudas, puesto que no había nada más que indicara que por allí no se puede pasar y además otros coches entraban también, creando dudas a los demás conductores y creando atascos, retrocesos y en definitiva problemas.

2º. Tengo entendido que las vallas deben estar completamente sujetas para que nadie pueda ir abrirlas sin problema.

3º. Hay dudas de mi pericia como conductora y paso aclarar que en 26 años conduciendo pueden Uds. revisar mi historial como conductora y entonces sacar si soy buena conductora o no.

4º. Para terminar, paso a explicar también que como había tal descontrol de tráfico en esos momentos en parte debido a la hora y en parte debido a la mala organización, tuve que decidir en segundos si rozaba el coche o le daba a una moto que también salía de esa vía pues se había metido supongo pensando que se podía pasar y al ver que no, retrocedió”.

Acompaña presupuesto de reparación por importe de 183,28 euros.

6. Resolución de la Alcaldía fechada el 22 de agosto de 2005, por la que se desestima la reclamación por falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento, ya que las obras a las que se refiere la interesada están siendo ejecutadas por la Dirección General de Carreteras, dependiente de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte, organismo al que se remite el expediente.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de febrero de 2006, el órgano instructor dirige a la reclamante un oficio por el que le formula requerimiento para que mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversa documentación (DNI y permiso de conducir de la reclamante, permiso de circulación y póliza de seguro, tarjeta de inspección técnica y factura de reparación del vehículo, certificación bancaria en la que se haga constar el código cuenta cliente del reclamante, así como declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente). Se le requiere también para que indique la vía concreta y el punto exacto en el que ocurrieron los hechos.

Finalmente, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

La interesada atiende el requerimiento mediante la presentación de la siguiente documentación:

- a) Fotocopia compulsada de su documento nacional de identidad, así como del permiso de conducir.
- b) Fotocopia compulsada de la documentación que, en su momento, unió a la reclamación que formuló ante el Ayuntamiento de Yecla.
- c) Declaración de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia de los hechos denunciados.
- d) Certificación bancaria indicando su código de cuenta cliente.
- e) Croquis del lugar del siniestro y declaración en la que indica que en el momento de ocurrir los hechos había mucha gente, pero nadie se involucró en el accidente.

TERCERO.- Solicitado informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, éste es emitido con fecha 21 de marzo de 2006, destacando de su contenido lo siguiente:

- El valor venal del vehículo en la fecha del accidente se cifra, aproximadamente, en 7.720 euros.
- La cantidad reclamada de 183,28 euros se considera correcta a tenor de los daños que se alega sufrió el vehículo.

CUARTO.- A requerimiento de la instructora la Dirección General de Carreteras envía informe del Subdirector General de dicho Centro Directivo, destacándose, a los efectos que aquí nos ocupa, los siguientes extremos:

- La vía en la que se produjo el siniestro es una vía urbana de nueva construcción realizada con financiación de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte, sobre terrenos aportados por el Ayuntamiento de Yecla. El día en el que ocurrieron los hechos, es decir, el 5 de marzo de 2004, las obras estaban en ejecución.
- No existe certeza sobre los hechos denunciados.
- La actuación de la interesada ha de reputarse inadecuada, al introducirse en una obra que estaba vallada.
- No existe constancia de que se produjeran otros accidentes en la zona.
- Las obras estaban perfectamente señalizadas.

QUINTO.- Concedido trámite de audiencia, la interesada envía escrito en el que señala que aún no ha recibido la indemnización reclamada, que reitera.

Seguidamente el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

SEXTO.- Con fecha 9 de noviembre de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico oficio de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes solicitando su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente, extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

SEGUNDA.- Legitimación y plazo para reclamar.

El procedimiento puede entenderse iniciado por persona legitimada para ello, puesto que la Sra. P. S. lo hace en nombre y representación de su esposo, D. J. L. P., propietario del vehículo siniestrado, a cuyo efecto le confirió a su esposa poder para ello mediante comparecencia personal, en los términos que se indican en el artículo 32.3 LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser las obras que se ejecutaban de titularidad regional, tal como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento y, especialmente, del informe del Subdirector de Carreteras, dicha legitimación corresponde a la Administración regional.

Por último, en lo que se refiere al cumplimiento del plazo para su ejercicio, esta reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año de producido el hecho que motiva la indemnización, teniendo en cuenta que la solicitud de reclamación se presentó ante el Ayuntamiento de Yecla, en fecha 11 de marzo de 2004, dentro del plazo de un año, ya que el accidente tuvo lugar, según la interesada, el día 5 de marzo de 2004. El Ayuntamiento

de Yecla notificó a ésta la desestimación de su pretensión por falta de legitimación pasiva el día 22 de agosto de 2005, y remitió las actuaciones a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte el siguiente día 5 de septiembre.

Así pues, el plazo de prescripción del año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, quedó interrumpido por la presentación ante el Ayuntamiento de Yecla de la reclamación por parte de la interesada.

TERCERA.- Sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial y la prueba.

El procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP. Sin embargo, en relación con los medios de prueba que son necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que ponga fin al procedimiento, este Consejo Jurídico considera la insuficiencia de las pruebas aportadas al expediente por parte de la reclamante para acreditar la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 139 LPAC.

En efecto, la interesada no ha desplegado actividad alguna tendente a acreditar que el accidente se produjera en la fecha y en el lugar indicados, y que fuera consecuencia de la falta o inadecuada colocación de las vallas que impidieran el acceso a la zona en obras. Así, a título de ejemplo, podría haber requerido a la Guardia Civil de Tráfico o a la Policía Local para que levantaran atestado de lo acaecido o, en su defecto, haber aportado fotografías del lugar de los hechos.

La insuficiencia de la actividad probatoria va a ser determinante en la decisión sobre la reclamación planteada, con fundamento en el principio de la carga de la prueba, en virtud del cual debe hacerlo quien reclama (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). También el Tribunal Supremo ha declarado en repetidas ocasiones que “...*toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*” (entre otras, Sentencia de 29 de junio de 1988).

En materia de responsabilidad patrimonial el artículo 6 RRP atribuye expresamente la carga de la prueba al interesado. La jurisprudencia recaída en este sentido es muy abundante y, por tanto, de innecesaria cita. Su doctrina aparece, no obstante, resumida en sentencias como la de 11 de septiembre de 1995 en la que se afirma, en términos muy similares a otras que la precedieron o siguieron, que “*esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración*”.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina, en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, pone de manifiesto que “*la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*” (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002).

Por otro lado, tal como ya puso de manifiesto este Órgano Consultivo en su Dictamen núm. 107/2003, resultaría muy simplista un análisis sobre la carga de la prueba en este tipo de procedimientos –los iniciados a instancia de parte– que obviara la cuota de carga probatoria que a la Administración corresponde por imperativo del artículo 78 LPAC, a fin de dotarse a sí misma de los elementos necesarios para obtener una resolución. Ahora bien, este deber que grava a la Administración no la obliga a suplir la globalidad de una prueba que no le corresponde. Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de julio de 1999, si la prueba aportada en defensa de sus derechos por la parte gravada con su carga no es suficiente, la Administración no está obligada a desplegar probanza alguna.

Centrándonos en el supuesto que nos ocupa, la Administración ha practicado las pruebas que estaban a su alcance, lo que ha posibilitado que en el expediente queden acreditadas algunas de las circunstancias alegadas por la interesada, pero nunca probadas por ella. Por ejemplo, la existencia misma de las obras en la carretera en la que afirma ocurrieron los hechos.

En este mismo orden de cosas y respecto de la posibilidad que brinda el artículo 80.2 LPAC de acordar la apertura de un período de prueba, cuando no se tengan por ciertos los hechos alegados por los interesados, este trámite ha de entenderse materialmente cumplimentado por la Administración instructora con el ofrecimiento expreso hecho a la reclamante para que propusiese la práctica de cualquier medio de prueba que estimase pertinente (folios 24 y 25), sin que ésta, ni en dicho trámite ni tampoco en el de audiencia, aportase el más mínimo elemento probatorio de la realidad de sus afirmaciones.

CUARTA.- Relación de causalidad inherente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

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

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea anti-jurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Veamos la aplicación de estos requisitos al presente supuesto:

- 1) Daño real, concreto y susceptible de evaluación económica.

Los daños, aunque de forma deficiente, han sido acreditados por la interesada con la aportación de un presupuesto de reparación del vehículo siniestrado. Para establecer indu-

bitadamente la existencia de un daño real, concreto y susceptible de valoración económica, hubiese resultado conveniente la presentación de fotografías o de informes técnicos.

2) Funcionamiento de los servicios públicos y el nexo causal con el daño producido.

La interesada no ha probado que la causa de los daños se encuentre en la mala colocación de las vallas que acotaban la zona de las obras que se estaban ejecutando en la Ronda Norte de Yecla.

Sin embargo, ante la pasividad probatoria de la reclamante, la Administración sí ha desplegado los medios de prueba a su alcance, mediante el informe del Subdirector de Carreteras que mantiene la correcta señalización de las obras.

Cabe asimismo señalar que la concurrencia de circunstancias especiales en la carretera (obras en este caso) obligaban a la conductora a extremar la prudencia y a observar una especial diligencia en la conducción, de forma que hubiera podido evitar los daños que sufrió.

Por lo tanto, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los hechos alegados, procede desestimar la reclamación, al no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 180/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a M. D. M. G., debida a accidente en centro escolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 28/12/07

Extracto de Doctrina

Como ya se dijo por este Consejo Jurídico en Dictamen 107/204, debe recordarse que en aquellos expedientes en los que la responsabilidad patrimonial de la Administración se imputa a la omisión de medidas preventivas de la que ha resultado un accidente de trabajo, es elemento de juicio de primer orden la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la que el artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, atribuye la función de vigilancia y control de la

normativa sobre prevención de riesgos laborales, en consonancia con la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la referida Inspección.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2005 tiene entrada en el Registro de la Consejería de Educación y Cultura escrito presentado por D. M. D. M. G., de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional, por el perjuicio patrimonial ocasionado como consecuencia del resbalón y caída que sufrió el día 11 de mayo de 2004 en el Instituto de Educación Secundaria (IES) S., de Alcantarilla. En el mismo escrito designa representante a un Letrado.

La reclamante manifiesta que el accidente tuvo lugar en un pasillo abierto al exterior, el cual tiene un pavimento de terrazo pulido que, cuando se encuentra mojado, como ocurrió el día del accidente a consecuencia de la lluvia, se convierte en un suelo deslizante y resbaladizo, constituyendo un claro peligro para las personas que transitan por él.

Como consecuencia del accidente sufrió fisura de rótula de la rodilla derecha y esguince del tobillo izquierdo, que ocasionaron su baja laboral desde la fecha del accidente hasta el 23 de junio, fecha del alta por mejoría, no obstante lo cual hubo de realizar rehabilitación hasta el 12 de julio de 2004. Como consecuencia de la caída, presenta secuelas consistentes en gonalgia postraumática y dolor residual del tobillo al apoyo en deambulación y bipedestación prolongada.

Imputa sus lesiones a la Comunidad Autónoma en su condición de titular del servicio público, por omisión de medidas que hubiesen evitado el accidente y que concreta en una inadecuada limpieza o mantenimiento de las instalaciones en condiciones de seguridad. Asimismo, y sin perjuicio de lo que prevea la normativa sectorial de educación, la Administración debería haber adaptado el pavimento a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo establecidas por el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, al exigir que los suelos de los locales de trabajo sean fijos, estables y no resbaladizos, debiendo su diseño y características constructivas ofrecer seguridad frente a los riesgos de resbalones o caídas.

La pretensión indemnizatoria se eleva a la cantidad de 9.035,05 euros, por los siguientes conceptos:

1) INCAPACIDAD TEMPORAL: 3.035,05 euros

a) 41 días improductivos a 60,10 euros cada uno: 2.464,10 euros

b) 19 días no improductivos a 30,05 euros cada uno: 570,95 euros

2) SECUELAS: 6.000 euros, atendida la edad de la reclamante (53 años) y el valor del punto en 750 euros, incorporado ya el factor de corrección correspondiente a los ingresos.

Gonalgia: 5 puntos

Dolor de tobillo: 3 puntos

Junto a la solicitud presenta la reclamante la siguiente documentación:

a) Informe del Servicio de Urgencias de la C. V. V..

b) Informe de un Arquitecto Técnico, emitido a instancia de la reclamante, sobre las condiciones del pavimento donde tuvo lugar el accidente, que describe como *“solado de terrazo pulido que, cuando se inunda por agua de lluvia, se convierte en un suelo muy deslizante, lo que provoca caídas y resbalones de las personas que transitan por él”*.

c) Partes de accidente expedidos por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) que acreditan la incapacidad laboral de la interesada entre los días 12 de mayo de 2004 (fecha de la baja laboral) y 23 de junio de 2004 (alta por mejoría que permite trabajo habitual), por *“fisura de rótula”*.

SEGUNDO.- Por Resolución de 10 de enero de 2006, el Secretario General de la entonces Consejería de Educación y Cultura admite a trámite la reclamación y designa instructora del procedimiento, que procede a solicitar el preceptivo informe de la Dirección del IES donde ocurrió el accidente.

TERCERO.- El informe solicitado es remitido el 3 de febrero siguiente por el Secretario del centro, quien se expresa en los siguientes términos:

“La citada profesora sufrió una caída el 11 de mayo del año 2004 como consecuencia de un resbalón que dio en la zona exterior del Pabellón “E” frente a las aulas E4 y E5. La zona está techada por la galería del piso superior, pero el lateral está diáfano, por lo que cuando llueve (como sucedió aquel día) el agua lo invade todo formando charcos y una pátina de barro provocada por las pisadas de los que pasan por allí.

El suelo es resbaladizo ya que está enlosado de terrazo, muy pulido, circunstancia que se agrava los días de lluvia”.

El informe se acompaña de las declaraciones suscritas por dos profesores del centro escolar que manifiestan haber presenciado el accidente, toda vez que acompañaban a la interesada en el momento de producirse, cuando salían de la Jefatura de Estudios de Primer Ciclo al concluir el recreo para incorporarse a sus respectivas tareas. Así mismo declaran que *“el suelo estaba muy mojado ya que estaba lloviendo, y lleno de barro, circunstancia que provocó un resbalón de D. M. D., que cayó al suelo”*. El hecho también fue presenciado por diversos alumnos, ya que se produjo durante el recreo.

CUARTO.- Solicitado informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Centros Escolares acerca de la idoneidad y seguridad del pavimento del lugar donde se produjo el accidente y el grado de cumplimiento de la normativa aplicable, se emite el 27 de marzo de 2006, siendo del siguiente tenor:

“El I.E.S. S. de Alcantarilla se enclava en un edificio compuesto por varios bloques, contruidos antes del año 1970, siendo inicialmente un centro privado. En esta época, el uso de este pavimento en zonas cubiertas era una práctica habitual. La normativa vigente actualmente, “Instrucciones de Diseño de la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar del Ministerio de Educación y Cultura” no se encontraba en vigor en el momento de la construcción de este centro.

Tal y como se describe en la reclamación presentada, la zona en la que se produjo la caída es abierta pero cubierta. Tiene casi 2 m. de ancho, tal y como se recoge en las fotografías, por lo que se entiende que la afección de la lluvia sobre la zona pavimentada con terrazo difícilmente alcanza la totalidad de su ancho, salvo que se introduzca el agua o el barro debido al paso.

En visita realizada por los técnicos de la U. T. el día 24 de marzo de 2006, y según conversación mantenida con D. M. D. M. G., se afirma por ésta que la capa creada en la zona cubierta fue la causa de la caída. Sin embargo, tal como se refleja en la primera fotografía, no existe comunicación directa de estos pasos con zonas de tierra.

Como se ha dicho anteriormente, el uso de este pavimento en zonas cubiertas es una práctica habitual en superficies cubiertas de edificios de esta antigüedad, si bien el paso por él requiere, en días lluviosos, un mayor cuidado de cara a no introducir barro procedente de las zonas de patio”.

La conclusión del informe es que *“el pavimento existente en la zona cubierta es habitual en edificios de esta antigüedad, no pareciendo su existencia la causante de la caída, sino la introducción accidental en las zonas así pavimentadas del barro procedente de las zonas de patio”.*

QUINTO.- Con fecha 29 de julio de 2006 se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia.

El 1 de agosto siguiente presenta escrito de alegaciones denunciando la parcialidad del informe técnico y su falta de adecuación a las cuestiones planteadas por la instructora, para evitar decir que los materiales empleados en el solado de la zona donde tuvo lugar el accidente no eran idóneos ni seguros y que incumplen la normativa existente en la materia.

En cualquier caso, considera que la causa de la caída que apunta el informe (introducción de barro en las zonas de paso) sería imputable a la Administración y nunca a la propia interesada, por lo que reitera su pretensión indemnizatoria.

SEXTO.- Por la instructora se solicita nuevo informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares, acerca de dos extremos:

1.- Si las condiciones del pavimento en el que resbaló la profesora incumplen las previsiones de la normativa actualmente aplicable en la materia.

2.- En caso afirmativo, si existe la obligación por parte de la Administración de adaptar las antiguas edificaciones a la normativa actualmente en vigor.

Con fecha 13 de noviembre de 2006 se remite el informe solicitado, que, respecto de la primera cuestión, se expresa en los siguientes términos:

“Las Recomendaciones Generales de las Instrucciones de Diseño de la Junta de Construcción aprobadas por Orden ministerial de Educación y Ciencia de 4 de noviembre de 1991 establecen en el punto 2.2 que los espacios exteriores deberán estar tratados en su totalidad con materiales adecuados según los usos.

La Orden de 15 de octubre de 1991 de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas y Medio Ambiente, sobre supresión de barreras arquitectónicas en espacios públicos y edificación, en vigor desde el 1 de diciembre de 1991, establece en el Capítulo II-Barreras en Exterior- artículo 5.2. - Pavimentos- que “los pavimentos destinados al tránsito peatonal serán, en general duros y antideslizantes”. El pavimento existente actualmente no se puede considerar antideslizante”.

En cuanto a la segunda cuestión, se informa que las citadas Instrucciones de Diseño son de aplicación a los proyectos de centros públicos cuyos encargos se produzcan con posterioridad al 3 de noviembre de 1991, que es la fecha de entrada en vigor del texto.

Por su parte, la Disposición transitoria de la Orden de 15 de octubre de 1991 establece que ésta “*no será de aplicación a los proyectos que, antes de su entrada en vigor, estuvieren registrados ante cualesquiera Administración o Corporaciones que hubieren de otorgarles autorización, aprobación o licencia*”.

Finaliza el informe la Unidad Técnica rehusando pronunciarse acerca de si la Administración viene obligada a adaptar las edificaciones a la normativa que posteriormente a su construcción entra en vigor.

SÉPTIMO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la reclamante, presenta alegaciones en las que insiste en la previsibilidad y evitabilidad de los accidentes que tienen su causa en un pavimento resbaladizo, cuya existencia demuestra una falta de diligencia por parte de la Administración, que debe velar por la seguridad de sus instalaciones.

Aporta junto a las alegaciones un informe médico, que valora las secuelas de la interesada en 7 puntos, frente a los 8 con que se puntuaban en la reclamación inicial.

OCTAVO.- Con fecha 27 de abril de 2007, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la solicitud, indicando la procedencia de abonar en concepto de indemnización la cantidad de 7.537,93 euros, con la correspondiente actualización.

NOVENO.- Remitida la propuesta de resolución y los documentos contables pertinentes a la Intervención General para su fiscalización previa, el indicado órgano de control formula reparo con fecha 12 de julio de 2007, en relación a la valoración del daño contenida en la propuesta de resolución, toda vez que ésta contempla la indemnización de las secuelas sobre una puntuación de 8, aun cuando el informe médico aportado al procedimiento por la propia reclamante valora tales secuelas en tan sólo 7 puntos.

DÉCIMO.- Con fecha 18 de julio de 2007, la instructora formula nueva propuesta de resolución estimatoria que fija como *quantum* de la indemnización la cantidad de 6.816,7 euros, con la correspondiente actualización.

UNDÉCIMO.- Sometido de nuevo el expediente a fiscalización previa, la Intervención General no encuentra objeción alguna a la aprobación del gasto que se propone y a su imputación presupuestaria.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a contar desde el momento de la curación de las lesiones o la determinación del alcance de las secuelas.

La ausencia en el expediente de documentación médica que acredite la evolución de la sanidad de la reclamante impide conocer con certeza el momento en que cabría entender plenamente establecido el cuadro de secuelas resultante del accidente. No obstante, lo cierto es que las lesiones padecidas por la reclamante no pueden entenderse estabilizadas, al menos, hasta el momento en que solicita y obtiene el alta laboral (el 23 de junio de 2004). E, incluso, la necesidad de someterse a rehabilitación durante las tres semanas posteriores permite inferir que las lesiones todavía podrían haber evolucionado después de esa fecha. Por ello, si bien el accidente del que trae causa la reclamación se produce el 11 de mayo de 2004 y la solicitud de indemnización no se presenta hasta el 23 de junio del año siguiente, cabe considerar que la reclamación fue presentada en plazo. Y es que la casuística y complejidad que presentan los supuestos de daños como el padecido por la reclamante, la proclividad de estas patologías traumáticas hacia estadios evolutivos, unido al debido respeto del principio *pro actione*, obligan a que deba huirse de todo planteamiento estricto y limitativo del cómputo del plazo y, por ende, de la apreciación de la prescripción, en aras a facilitar el ejercicio de los derechos que en este ámbito asisten a los interesados.

2. La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la omisión de las medidas de seguridad exigibles en las instalaciones en que se presta el servicio público de educación, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, se puede entender acreditada en tanto figura dicha condición en el escrito de reclamación, suscrito conjuntamente por el letrado y la interesada, efectuando ésta designación expresa de representante.

La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente, como del centro docente en el que ocurrió el accidente, el IES "S." de Alcantarilla, dependiente de la Consejería competente en materia de Educación. Además, dicha legitimación le vendría conferida por su condición de empleadora de la reclamante, atendida la imputación del daño a la omisión de medidas de seguridad exigidas por la normativa de prevención de riesgos laborales.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

No obstante, como ya se dijo por este Consejo Jurídico en Dictamen 107/204, debe recordarse que en aquellos expedientes en los que la responsabilidad patrimonial de la Administración se imputa a la omisión de medidas preventivas de la que ha resultado un accidente de trabajo, es elemento de juicio de primer orden la intervención de la Inspección

de Trabajo y Seguridad Social, a la que el artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, atribuye la función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, en consonancia con la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la referida Inspección. Para posibilitar su intervención, el artículo 23 LPRL obliga al empresario a notificar por escrito a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores que se hubieran producido con motivo del desarrollo de su trabajo. Sin embargo, no consta en el expediente que se haya realizado dicha preceptiva notificación, como tampoco obra en el mismo documentación alguna relativa a las subsiguientes actuaciones inspectoras. Si éstas se llevaron a efecto, su incorporación al presente procedimiento habría sido muy oportuna, pues la especial cualificación de la Inspección en la interpretación de las normas preventivas y el hecho de ser una instancia ajena e independiente al centro en que se produjo el accidente, dotan a su actuación de un elevado interés para la resolución del presente procedimiento.

TERCERA.- Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ejercitadas por los servidores públicos.

La interesada es profesora destinada en el centro de educación secundaria donde ocurren los hechos, los cuales acaecen durante el ejercicio por aquélla de sus funciones públicas docentes.

La condición funcionarial de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiéndolo el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 LPAC, no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando se den los requisitos o circunstancias a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, es decir, que los interesados sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su persona o bienes, un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su patrimonio por el desempeño de funciones o tareas reconocidas en la legislación sobre función pública.

Así, el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en vigor al momento de formular la reclamación, establece que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), sin que su desarrollo reglamentario en el ámbito de nuestra Región prevea estos supuestos como susceptibles de indemnización.

No obstante, es preciso distinguir entre los daños sufridos por los funcionarios con ocasión del cumplimiento de sus funciones y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio, de forma que, en principio, sólo estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se den los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda su generación.

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

Del análisis del expediente se deriva la existencia de un daño que se acredita con los informes médicos y partes de baja laboral aportados por la interesada al procedimiento.

Por otra parte, el daño sufrido ha de ser reputado como antijurídico, porque no existe un deber jurídico por parte de la afectada de soportarlo, de acuerdo con el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes, por el desempeño de funciones o tareas reconocidas en la legislación sobre función pública, al que nos hemos referido en la Consideración Tercera. Ciertamente, cuando ocurrieron los hechos, la afectada estaba realizando labores inherentes a su función docente, como era desplazarse desde la Jefatura de Estudios de Primaria para incorporarse a sus respectivas tareas al concluir el recreo de los alumnos.

Sentado lo anterior, cabe ahora determinar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite contestar afirmativamente dicha cuestión, toda vez que el expediente deja acreditado que el lugar donde se produjo la caída de la profesora se encuentra pavimentado con material de terrazo pulimentado que, en condiciones de humedad, se vuelve deslizante y resbaladizo, como han adverado el informe aportado al procedimiento por la actora y la Unidad Técnica de Centros Educativos, cuando afirma que el pavimento en cuestión no puede considerarse antideslizante.

La referida Unidad Técnica justifica la utilización de dicho solado en la antigüedad del centro, anterior al año 1970, cuando era habitual su uso. Esta circunstancia, además, determinaría la no aplicación al IES de las Recomendaciones Generales de las Instrucciones de Diseño de la Junta de Construcción, que exigen que los espacios exteriores estén tratados en su totalidad con materiales adecuados según los usos, ni las prescripciones de la Orden de 15 de octubre de 1991, de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas y Medio Ambiente, sobre supresión de barreras arquitectónicas en espacios públicos y edificación, acerca de la utilización de pavimentos duros y antideslizantes en las zonas de tránsito.

Si bien es cierto que las previsiones sobre vigencia y eficacia temporal de tales disposiciones excluirían su aplicación al Instituto donde se produce el accidente, no lo es menos que, como apunta la propuesta de resolución, la Disposición adicional primera de la referida Orden de 15 de octubre de 1991 impone a la Comunidad Autónoma la obligación de adaptar los edificios e instalaciones ya existentes que estén destinados a una utilización o concurrencia general a lo en aquélla prescrito, conforme a lo establecido en un plan de actuación a elaborar por la propia Comunidad Autónoma.

Nada en el expediente alumbra acerca de si el referido plan ha sido elaborado ni si en él se establecen plazos para la adecuación de los centros escolares a la tantas veces citada Orden. No obstante, ello únicamente sería determinante para corroborar la antijuridicidad del daño sufrido por la profesora, cualidad de la lesión que ya ha sido declarada *ut supra* con fundamento en el principio de indemnidad de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Lo importante, en orden a considerar la existencia de un nexo causal entre las características del pavimento y la caída de la interesada, en la medida en que permitirá conectar el daño con el funcionamiento del servicio público, es la falta de elementales condiciones de seguridad que, para el conjunto de la comunidad escolar, conlleva el tener que transitar por pavimentos deslizantes y resbaladizos, con el claro riesgo que ello conlleva. Y es que, al margen de la obligada aplicabilidad o no de las referidas disposiciones, lo cierto es que éstas muestran lo que debe ser el estándar exigible a las instalaciones y construcciones escolares.

La prueba practicada demuestra que las lesiones fueron consecuencia de las condiciones del pavimento, por su carácter resbaladizo y deslizante, que se vio acentuado por la existencia de una pátina de suciedad derivada del tránsito de personas sobre el terrazo pulido que formaba el suelo, sin que se haya probado, ni siquiera alegado, que haya concurrido fuerza mayor determinante de la ruptura del nexo causal, o que las condiciones del pavimento, tanto estructurales u originarias, como de mantenimiento o limpieza, se encuadrasen dentro del estándar exigible al funcionamiento del servicio, no en los años anteriores a 1970, cuando se construyó el centro docente, sino en la actualidad. Esto último es obvio que no ocurre, puesto que es inadmisibles para la conciencia social imperante en nuestro tiempo que un servicio elemental, como el de la educación, ofrezca riesgos capaces de causar lesión tanto a los propios beneficiarios como a los prestadores del servicio.

No se estima, por otro lado, acreditado que la conducta de la víctima, en forma de descuido, pudiera tener relevancia en el curso causal de los acontecimientos.

Las consideraciones efectuadas hacen innecesario el estudio de la imputación de la caída a la omisión de las medidas de seguridad que la Administración regional viene obligada

a garantizar a los profesores, en su condición de empleadora y en virtud de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En suma, procede afirmar, con la propuesta de resolución, que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

Comparte el Consejo Jurídico la apreciación efectuada en su inicial reparo por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, el cual determinó la elaboración de una segunda propuesta de resolución, ajustada a los criterios de valoración del daño señalados por el referido Órgano de control, y que debe recibir asimismo el parecer favorable del Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, toda vez que concurren en ella los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

DICTAMEN 181/07.- Responsabilidad patrimonial instada por D.^a J. C. P., como consecuencia de los daños sufridos por un robo durante una actividad extraescolar.

Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

Fecha: 28/12/07

Extracto de Doctrina

En supuestos como el que nos ocupa, es decir, daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquéllos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, pero causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (dictamen del Consejo de Estado de 17 de abril de 1997). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcional antes referida.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de mayo de 2007 (de registro de entrada en la Consejería consultante) presentó escrito D. J. C. P., por el que denuncia la sustracción de un monedero que contenía 180 euros y de un teléfono móvil marca Nokia 6230, valorado en 150 euros. Narra la reclamante que, en su condición de Profesora Técnica de Formación Profesional, especialidad de peluquería, con destino en el Instituto de Enseñanza Secundaria Mar Menor, se encontraba el día 11 de marzo de 2007 en la ciudad de Barcelona, acompañando a un grupo de alumnas para asistir a la Feria de Cosmofebelleza. Para desplazarse al recinto ferial utilizaron el metro, en el que, a pesar de adoptar las precauciones debidas, le fueron sustraídos del interior de su bolso los enseres antes descritos, sustracción que denunció en Comisaría. Finaliza solicitando, en concepto de responsabilidad patrimonial de la administración, la cantidad de 330 euros, justificando que la diferencia entre esta cantidad y la que se hace constar en la denuncia de 360 euros, se debe a que, con posterioridad a la presentación de dicha denuncia, recuperó el monedero, que había sido arrojado por los ladrones en la siguiente parada del metro, y, por tanto, se han descontado los 30 euros en los que había valorado dicho monedero.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, la instructora del expediente en fecha 24 de mayo de 2007 recaba del Director del IES Mar Menor, informe sobre los hechos objeto de la reclamación. Lo que se cumplimenta en fecha 8 de junio de 2007 mediante informe del Director, en el que se describen los siguientes hechos:

“La profesora D. J. C. P., con NIF X, perteneciente al cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, en la especialidad de Peluquería, presta servicios, impartiendo clases en el Ciclo Formativo de Grado Medio de Peluquería, en el IES MAR MENOR durante el curso 2006/2007.

Desde el 10 de marzo al 12 de marzo de 2007, la citada profesora realiza una actividad extraescolar, consistente en la visita al Salón Internacional de Peluquería, Estética y Wellness: COSMOBELLEZA 2007, con alumnos del Ciclo Formativo Peluquería, actividad previamente aprobada por el director del centro, como se demuestra en la documentación adjunta.

D. J. nos informa que en el desarrollo de la actividad es víctima de un robo, detallado en la denuncia que se adjunta. Consideramos que la realización de este tipo de actividades aporta una formación complementaria imprescindible para estos alumnos, próximos a la inserción laboral. Al mismo tiempo somos conscientes del compromiso y esfuerzo que supone para el profesorado llevar a cabo estas prácticas fuera de su horario de trabajo. Consideramos que en ningún caso deben sufrir una pérdida patrimonial como la relatada en la denuncia, que dada la trayectoria profesional de D. J. C. P. no ponemos en duda”.

TERCERO.- El siguiente día 25 de mayo el Vicesecretario de la Consejería reclama al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de Personal, el envío de los antecedentes que sobre los hechos denunciados consten en dicha unidad administrativa.

Enviados éstos, se incorporan al expediente los siguientes documentos:

a) Comunicación de los hechos efectuada por la profesora y dirigida el Director del IES.

b) Copia de la denuncia formulada ante los Mossos d'Esquadra de Barcelona.

c) Ficha correspondiente a la actividad extraescolar consistente en visita al Salón Internacional de Peluquería, Estética y Wellness, COSMOBELLEZA 07.

CUARTO.- Otorgado trámite de audiencia a la reclamante ésta manifiesta, mediante escrito de 24 de julio de 2007, que, al tener que atender prioritariamente a la seguridad de las alumnas a las que acompañaba, no pudo observar la debida atención hacía sí misma, pero que esta actitud no puede ser considerada como negligente, sino consecuente con su obligación principal.

QUINTO.- La propuesta de Resolución de 20 de septiembre de 2007 desestima la reclamación al no haberse acreditado la relación de causalidad entre la actividad administrativa y los daños y perjuicios sufridos por la reclamante.

SEXTO.- Con fecha 18 de octubre de 2007 el Consejero solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de las actuaciones reseñadas, es procedente realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

Este procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La condición funcional de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiéndose el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (así, Dictamen 1373/1991).

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la

indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública. Así los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establecen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho que motiva la indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

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

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

En supuestos como el que nos ocupa, es decir, daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquéllos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, pero causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (dictamen del Consejo de Estado de 17 de abril de 1997). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcional antes referida.

En el asunto de que se conoce, atendiendo al concepto por el que se reclama, podemos afirmar que los daños y perjuicios cuya reparación pretende la interesada no se produjeron como consecuencia del funcionamiento del servicio educativo de la Administración regional, sino que, con ocasión del desempeño del servicio que le había sido encomendado a la reclamante, fueron ocasionados por un tercero. Tal como afirma el Consejo de Estado en el Dictamen antes citado, el hecho de que un funcionario con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones como servidor público sufra una lesión, no quiere decir necesariamente que exista relación causal entre el resultado lesivo y el funcionamiento de la Administración.

Debe considerarse igualmente que, aunque la jurisprudencia ha venido afirmando de modo insistente que el vínculo causal debe aparecer de forma exclusiva, inmediata y directa, se han venido admitiendo diversas formas de producción mediatas, indirectas o concurrentes que no suponen necesariamente la ruptura de dicho nexo y no exoneran a la Administración de la consiguiente responsabilidad patrimonial (Sentencias del TS de 17 de noviembre de 1998 o 9 de marzo de 1999). Sin embargo, en el caso analizado es patente que el daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la actuación de un tercero, en concreto en la comisión de un hecho delictivo por persona o personas desconocidas, sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión

contraria nos llevaría, como también ha afirmado el Alto Tribunal en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que tendría una consecuencia perturbadora “para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”.

La aplicación de la doctrina anterior al supuesto ahora considerado nos lleva a la conclusión de que, al no darse los requisitos exigidos por el artículo 139 y siguientes LPAC, procede desestimar la reclamación a título de responsabilidad patrimonial, si bien tales daños podrían ser indemnizados, en su caso, en razón del principio de indemnidad que, en relación con los funcionarios públicos, se establecen en los preceptos de la normativa funcional antes citados, en los términos que se indican y razonan en nuestro Dictamen núm. 145/2006.

En consecuencia la conclusión alcanzada por el Consejo Jurídico es coincidente con la que se refleja en la propuesta de resolución en cuanto al sentido desestimatorio de la reclamación, analizada ésta bajo la perspectiva del instituto de la responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Sobre la prueba del daño y su valoración.

Al no haber quedado probada la relación de causalidad entre el hecho lesivo y la actividad de la Administración, podría resultar innecesario realizar ulteriores consideraciones sobre la cuantía y modo de indemnización. No obstante, es conveniente recordar aquí que la existencia de lesión ha de acreditarse por el reclamante, ya que el reconocimiento de la indemnización no está permitido de oficio por su mera alegación. La carga procesal más importante para el particular en materia de responsabilidad deviene así en la cumplida prueba del daño y de su extensión, en aplicación de las reglas generales sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, aún admitiendo la dificultad que conlleva probar lo que sí fue, pero ya no es, no se puede eximir absolutamente a la interesada de desplegar actividad probatoria alguna sobre la efectividad y cuantía de aquellos daños que sean susceptibles de ella.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por la interesada para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDA.- La anterior conclusión se emite sin perjuicio del resarcimiento que pudiera corresponder al amparo del principio de indemnidad consagrado en los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

No obstante, V.E. resolverá.

